



HAL
open science

L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen

Lisa Heinzmann

► **To cite this version:**

Lisa Heinzmann. L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen. Droit. Université Paris Saclay (COMUE); Albert-Ludwigs-Universität (Freiburg im Breisgau, Allemagne), 2016. Français. NNT: 2016SACLS464. tel-01591481

HAL Id: tel-01591481

<https://theses.hal.science/tel-01591481>

Submitted on 21 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

NNT : 2016SACLS4648

THESE DE DOCTORAT
DE
L'UNIVERSITE ALBERT-LUDWIG DE FREIBURG EN BRISGAU
ET DE
L'UNIVERSITE PARIS-SACLAY
PREPAREE A
L'UNIVERSITE PARIS-SUD, FACULTE JEAN MONNET

ECOLE DOCTORALE N° 578
Sciences de l'homme et de la société (SHS)
Droit privé et sciences criminelles

Par

Lisa Heinzmann

L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit
d'auteur français, allemand et européen

Thèse présentée et soutenue à Sceaux, le 9 décembre 2016 :

Composition du Jury :

M. Pierre Sirinelli,	Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne	Président du Jury
M. Tristan Azzi,	Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne	Rapporteur
M. Axel Metzger,	Professeur à la Humboldt Universität de Berlin	Rapporteur
M. Matthias Leistner,	Professeur à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich	Examineur
Mme Agnès Lucas-Schloetter,	Enseignant-chercheur à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich et membre du CERDI à l'Université Paris-Sud	Directrice de thèse
M. Thomas Dreier,	Professeur aux Universités de Freiburg et Karlsruhe	Co-directeur de thèse

L'INFLUENCE DE L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE SUR LES DROITS D'EXPLOITATION

en droit d'auteur français, allemand et européen

THÈSE
présentée par

Lisa HEINZMANN

soutenue publiquement le 9 Décembre 2016
dans le cadre d'une co-tutelle entre
l'Université *Paris Sud-XI* et la *Albert-Ludwigs-Universität* de Fribourg en Brisgau

Directeurs de Thèse :

Mme Agnès Lucas-Schloetter, enseignant-chercheur à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich, membre du CERDI (Université Paris-Sud)

M. Thomas Dreier, professeur aux Universités de Freiburg et Karlsruhe

Rapporteurs :

M. Tristan Azzi, professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

M. Axel Metzger, professeur à la Humboldt Universität de Berlin

Membres du Jury :

M. Pierre Sirinelli, professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

M. Matthias Leistner, professeur à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich

REMERCIEMENTS

*Je tiens à remercier ceux qui m'ont reçue, écoutée, et qui m'ont répondu,
notamment :*

*Ceux dont la confiance est à l'origine de ce projet et qui m'ont guidée et soutenue tout au
long de ce parcours laborieux qu'est le doctorat,*
Madame Agnès Lucas-Schloetter
Monsieur Thomas Dreier

Ceux dont la confiance a nourri le projet,
Madame Sylvie Nérissou, maître de conférences (Bordeaux), *Research Fellow* MPI München
Madame Silke von Lewinski, *Adjunct Professor* (N. Hampshire), *Wissenschaftl. Referent* MPI
München
Le Centre d'Études et de Recherche en Droit de l'Immatériel (CERDI), Université Paris-Sud,
pour l'excellence des conférences organisées

Ceux qui m'ont permis d'échanger,
Le *Zentrum für Angewandte Rechtswissenschaft* (ZAR), Karlsruhe, et ses membres pour
l'atmosphère studieuse et conviviale
Le *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, München, pour son ouverture à
l'international et sa bibliothèque impressionnante

Ceux sans qui le projet n'aurait pas été possible matériellement,
Le *Cusanuswerk, Bischöfliche Studienförderung*, Bonn
Le *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, München
L'Université franco-allemande, Saarbruck

Ceux qui m'ont aidé pour la mise en place de la co-tutelle,
M. Le Doyen Antoine Latreille, Université Paris-Sud
Mme Maryse Chomette, Université Paris-Sud
Mme Birgit Schönrock, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Les membres du jury
M. le Professeur Tristan Azzi, Université *Panthéon-Sorbonne* (Paris 1)
M. le Professeur Matthias Leistner, *Ludwig-Maximilians-Universität* München
M. le Professeur Axel Metzger, *Humboldt-Universität* Berlin
M. le Professeur Pierre Sirinelli, Université *Panthéon-Sorbonne* (Paris 1)

Ceux dont le soutien est infini et sans lesquels, ce projet n'aurait pas pu voir le jour
G. Heinzmann et A.-M. Merlin

Celui qui était patient et appliqué
Markus Kring

SOMMAIRE

<i>PRINCIPALES ABREVIATIONS</i>	5
ITEMS CITES PAR LE SEUL NOM DE LEURS AUTEURS	9
INTRODUCTION	11
CHAPITRE PRELIMINAIRE	37
SECTION 1- TERMINOLOGIE GENERALE.....	37
SECTION 2- TERMINOLOGIE TECHNIQUE.....	44
PARTIE I- DE LEGE LATA : SUMMA DIVISIO TRADITIONNELLE ; EXPLOITATION SOUS FORME CORPORELLE ET INCORPORELLE.	53
TITRE I- DROIT D'EXPLOITATION SOUS FORME INCORPORELLE : LA COMMUNICATION AU PUBLIC	53
REMARQUES PRELIMINAIRES	54
SECTION 1- JURISPRUDENCE DANS UN CONTEXTE HORS LIGNE	54
SECTION 2- JURISPRUDENCE DANS UN CONTEXTE EN LIGNE	59
CHAPITRE I- NOTION DE COMMUNICATION AU PUBLIC DANS UN CONTEXTE HORS LIGNE ..	63
SECTION 1- PRESENTATION ET ANALYSE DE LA NOTION	63
SECTION 2- RECEPTION DE LA JURISPRUDENCE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE	145
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	170
CHAPITRE II- NOTION DE COMMUNICATION AU PUBLIC DANS UN CONTEXTE <i>EN LIGNE</i>	171
SECTION 1- EVOLUTION DU DROIT ALLEMAND, FRANÇAIS ET EUROPEEN	171
SECTION 2- RECEPTION DE LA JURISPRUDENCE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE	206
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	218
CONCLUSION DU TITRE I.....	219
TITRE II- DROITS D'EXPLOITATION SOUS FORME CORPORELLE : REPRODUCTION ET DISTRIBUTION.	221
CHAPITRE I- DROIT DE REPRODUCTION	221
SECTION 1- LE PRINCIPE: NOTION DE REPRODUCTION	222
SECTION 2- DIFFICULTES PARTICULIERES : LES REPRODUCTIONS TEMPORAIRES	250
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	271
CHAPITRE II- DROIT DE DISTRIBUTION	273
SECTION 1- LA NOTION DE DISTRIBUTION DANS UN CONTEXTE ANALOGIQUE.....	273
SECTION 2- LA NOTION DE DISTRIBUTION DANS UN CONTEXTE NUMERIQUE.....	313
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	340
CONCLUSION DU TITRE II.....	340
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	341
PARTIE II- DE LEGE FERENDA: APPRECIATION DE LA STRUCTURE DES DROITS ET NOUVELLE DEFINITION DES DROITS	343
TITRE I- REMISE EN CAUSE DE LA STRUCTURE ET DE LA DEFINITION TRADITIONNELLE DES DROITS D'EXPLOITATION ?	343

CHAPITRE I- UNE DISTINCTION CORPORELLE/INCORPORELLE DEVENUE INADAPTEE ?	344
SECTION PRELIMINAIRE : STRUCTURE BINAIRE DU DROIT EXCLUSIF D'EXPLOITATION ET SON FONDEMENT.....	344
SECTION 1- PERTINENCE DU CRITERE DE DISTINCTION DANS UN MONDE NUMERIQUE ?	350
SECTION 2- EXEMPLES D'ENCHEVETREMENT ET APPLICATION INCERTAINE DES DROITS, EXACERBES PAR L'UTILISATION DE NOUVELLES TECHNIQUES NUMERIQUES	369
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	425
CHAPITRE II- UNE NOTION D'EXPLOITATION TRADITIONNELLE DEVENUE INADAPTEE ?	427
SECTION 1- APPROCHE TECHNIQUE DE LA NOTION D'EXPLOITATION	427
SECTION 2- DIMENSION PUBLIQUE D'UNE EXPLOITATION ?	464
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	471
CONCLUSION DU TITRE I.....	471
TITRE II- REDEFINITION DE LA STRUCTURE DES DROITS ET DU CONTENU TRADITIONNEL DE L'EXPLOITATION	473
CHAPITRE I- NOUVELLE STRUCTURE DES DROITS, NOUVELLES DEFINITIONS	473
SECTION 1- NOUVEAUX CRITERES PERMETTANT DE DEFINIR UNE EXPLOITATION	473
SECTION 2- REMISE EN CAUSE DE LA STRUCTURE DES DROITS ?.....	516
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	518
CHAPITRE II- AMELIORATION <i>IN CONCRETO</i> DES TEXTES DE LOI.	520
SECTION 1- PROPOSITION DE REVISION DE L'ACQUIS EUROPEEN	520
SECTION 2- PROPOSITION DE REVISION DE LA LOI SUR LE PLAN NATIONAL.....	542
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	551
CONCLUSION DU TITRE II.....	551
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	552
CONCLUSION GENERALE.....	553
BIBLIOGRAPHIE	561
I- TRAITES, MANUELS, OUVRAGES GENERAUX.....	561
II- MONOGRAPHIE, THESES, OUVRAGES SPECIAUX.....	565
III- ARTICLES, CHRONIQUES, MELANGES, ACTES DE COLLOQUES	573
IV- RAPPORT ET AVIS, CONSULTATIONS, COMMUNICATION, PROPOSITIONS DE LOIS	637
INDEX NOMINUM	643
INDEX RERUM	645
TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES	648
DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG	658

PRINCIPALES ABREVIATIONS

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AEUV	<i>Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union</i> (équivalent du Traité FUE).
aff.	Affaire
AfP	Archiv für Presserecht (Revue)
AG	<i>Amtsgericht</i> , tribunal de première instance
ALAI	Association littéraire et artistique internationale
Amtl. Begr.	<i>Amtliche Begründung</i> (exposé des motifs)
art.	Article
Ass. Nat.	Assemblée nationale
Az.	Aktenzeichen (numéro d'affaire)
Begr. des RegE	<i>Begründung des Regierungsentwurfs</i> (exposé des motifs d'un projet de loi présenté par le gouvernement)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Recueil fédéral des lois)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Cour de cassation, Cour fédérale allemande)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Recueil des décisions des chambres civiles du <i>BGH</i>)
BR.-Drs.	<i>Bundesrat Drucksache</i> (Recueil des débats du Bundesrat, chambre haute du Parlement allemand)
BRegE	Entwurf der Bundesregierung (Projet de loi présenté par le gouvernement)
BT.-Drs.	<i>Bundestag Drucksache</i> (Recueil des débats du Bundestag, chambre basse du Parlement allemand)
Bull. civ.	Bulletin de la chambre civile de la Cour de cassation
Bull. dr. auteur	Bulletin du droit d'auteur (de l'UNESCO)
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Cour constitutionnelle fédérale)
CA	Cour d'appel
Cah. dr. d'auteur	Cahiers du droit d'auteur (Revue)
Cah. dr. entreprise	Cahiers du droit de l'entreprise (Revue)
Cah. propr. intell.	Cahiers de la propriété intellectuelle (Revue)
CCC	Contrats - Concurrence – Consommation
CCE	Communication – Commerce électronique
CE	Conseil d'Etat
CEE	Communauté économique européenne
chr.	Chronique
Civ. 1	Première chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice de la communauté européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (depuis 2009)
COM	Communications, recommandations, rapports, livres blancs, livres verts de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation

CPI	Code de la propriété intellectuelle
CR	Computer und Recht (Revue) ; Zeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologien
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
D.	Recueil Dalloz
DADVSI	Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information
Directive 2001/29	Directive du 22 mai 2001 du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, citée directive <i>InfoSoc</i> .
Directive 2001/84	Directive du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale.
Directive 2006/115	Directive du 12 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.
Directive 2006/116	Directive du 12 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (version codifiée).
Directive 92/100	Directive du 19 novembre 1992 du Conseil relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (abrogée).
Directive 93/83	Directive du 27 septembre 1993 du Conseil relative à la coordination de certaines règles du Droit d'auteur et droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble.
Directive 93/98	Directive du 29 octobre 1993 du Conseil relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (abrogée).
Doc.	Document
DPMA	<i>Deutsches Patent- und Markenamt</i> (Office allemand des brevets et des marques, anciennement DPA, Deutsches Patentamt).
EGV	<i>Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft</i> (équivalent du traité CE).
EIPR	<i>European Intellectual Property Review</i> (revue)
EUV	<i>Vertrag über die Europäische Union</i> (équivalent du traité UE).
Fasc.	Fascicule
FAZ	<i>Frankfurter Allgemeine Zeitung</i> (quotidien national)
ff.	<i>fortfolgende</i> (et suivants)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GEMA	Gesellschaft für Musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (société de gestion des droits musicaux, équivalent de la SACEM en France).
GmbH	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i> (équivalent de la SARL)
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i> (revue)
GRUR-Int	<i>GRUR Internationaler Teil</i> (revue)
IIC	<i>International Review of Intellectual Property and Competition Law</i>

	(revue)
INPI	Institut national de la propriété industrielle
IRPI	Institut de recherches en propriété intellectuelle Henri Desbois
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP éd. G (ou éd. E)	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique) édition générale (ou édition entreprise)
Jnl	Journal (dans le titre d'une revue)
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Jp	Jurisprudence (section d'une revue)
KG	<i>Kammergericht</i> (cour d'appel de Berlin)
KUR	<i>Kunst und Recht</i> (revue)
LCEN	Loi sur la confiance dans l'économie numérique
LG	Landgericht (tribunal d'instance)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MMR	<i>Multimedia und Recht</i> (revue)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenzeitschrift</i> (revue)
obs.	Observations
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> (cour d'appel)
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
p.	Page
P. aff.	Les petites affiches (revue)
P.U.A.M.	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
préc.	Précité
Propr. intell.	Propriétés intellectuelles (revue)
Rec.	Recueil des décisions de la Cour de justice des communautés européennes
Réf.	Référé
RIDA	Revue internationale de droit d'auteur
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RLDC	Revue Lamy du droit de la concurrence
RLDI	Revue Lamy du droit de l'immatériel
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle du droit de l'entreprise
s.	Suivants
SABAM	Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs
SACEM	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
SAIF	Société des auteurs de l'image fixe
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores (Société espagnole de gestion collective des droits musicaux)
sic !	<i>Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht</i> (revue)
SOFIA	Société pour la défense des intérêts des auteurs de l'écrit
SPADEM	Société de la propriété artistique des dessins et modèles
SPEDINAM	Société de la protection artistique et des dessins et modèles
Supra	ci-dessus
T. civ.	Tribunal civil

TGI	Tribunal de grande instance
Traité CE	Traité des Communautés européennes
Traité FUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (anciennement, traité CE ou traité de Rome). Equivalence en allemand, AEUV.
Traité UE	Traité sur l'Union européenne. Equivalence en allemand, EUV.
UE	Union européenne
UFITA	<i>Archiv für Urheber-, Film-, Funk und Theaterrecht</i> (revue)
UrhG	<i>Urheberrechtsgesetz oder Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte</i> (littéralement : loi sur le droit d'auteur ou loi relative aux droits d'auteur et droits de protection apparentés du 9 septembre 1965).
UWG	<i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i> (loi allemande sur la concurrence déloyale)
VerlG	<i>Verlagsgesetz</i> (loi allemande sur l'édition du 19 juin 1901)
VG	<i>Verwertungsgesellschaft</i> (société de gestion collective)
VG BildKunst	<i>Verwertungsgesellschaft BildKunst</i> (société de gestion pour l'art pictural)
VG Wort	<i>Verwertungsgesellschaft Wort</i> (société de gestion collective pour le mot)
WahrnG	<i>Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten verwandten Schutzrechten</i> (Loi allemande sur la gestion des droits d'auteur et des droits voisins du 9 septembre 1965)
WuW	<i>Wirtschaft und Wettbewerb</i> (revue)
ZUM	<i>Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht</i> (revue)

ITEMS CITES PAR LE SEUL NOM DE LEURS AUTEURS

Les ouvrages ou articles dans cette liste sont cités par le seul nom de leur auteur ou selon une manière abrégée, indiquée par 'cité'.

C. BERNAULT, C. CLAVIER, A. LUCAS SCHLOETTER, F.-X. LUCAS, *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris 2014, LexisNexis ; cité MÉLANGES LUCAS.

Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris 2013, LexisNexis, Litec. ; 4^{ème} éd. 2015.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris 1987, PUF, coll. Quadrige ; 10^{ème} éd. 2014.

H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, Propriété littéraire et artistique*, Paris, 3^{ème} éd. 1978, Dalloz.

Th. DREIER, *Konvergenz und das Unbehagen des Urheberrechts*, in Ahrens, et al. [éd.], *Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag*, Köln/München [e.a.] 2002, Heymann, p. 73 – 88 ; cité TH. DREIER, *FS Erdmann*.

Th. DREIER, „De fine“: vom Ende des Definierens? - Zur Abgrenzung von Münzkopierern, Personal Video Recordern und Serverdiensten, in Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein, *Festschrift für Eike Ullmann*, Sarrbrücken, 2006, juris GmbH, p. 37 – 50 ; cité TH. DREIER, *FS Ullmann*.

Th. DREIER/ G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar*, Munich, 3^{ème} éd. 2008, C. H. Beck ; cité DREIER/SCHULZE.

Th. DREIER/ G. SCHULZE/ L. SPECHT, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar*, Munich, 4^{ème} éd. 2013, 5^{ème} éd. 2015, C.H. Beck ; cité DREIER/SCHULZE/SPECHT 4. A. / 5. A.

K. FROMM/ W. NORDEMANN, *Urheberrecht Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, 1966, dirigé pour sa dixième édition en 2008 par A. JAN-BERND et W. NORDEMANN, Stuttgart, Kohlhammer ; cité FROMM/NORDEMANN, 10. A.

P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, 7^{ème} éd. 2010, 8^{ème} éd. 2012, 9^{ème} éd. 2015, PUF, Droit fondamental.

P.-Y. GAUTIER, *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Paris, 1995, Dalloz ; cité P.-Y. GAUTIER, *Mélanges Françon*.

A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 4^{ème} éd. 2012, LexisNexis SA ; cité TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER.

A. OHLY, *Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?*, Thèses présentées à la suite de l'expertise ayant pour sujet le droit d'auteur dans un monde numérique, à l'occasion de la 70^{ème} journée des juristes allemands en 2014 ; cité A. OHLY, *Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag*.

F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Paris, 2^{ème} éd. 2014, Economica.

G. SCHRICKER, *Urheberrecht*, Kommentar, München, 3^{ème} éd. 2006, C.H. Beck.

G. SCHRICKER /U. LOEWENHEIM, *Urheberrecht*, Kommentar, München, 4^{ème} éd. 2010, 5^{ème} éd. 2017, C.H. Beck ; cité SCHRICKER /LOEWENHEIM, 4. A. / 5. A.

M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Paris 2009, Dalloz ; 3^{ème} édition 2015.

A. A. WANDTKE et W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München 3^{ème} éd. 2009, C.H. Beck ; 4^{ème} éd. 2014.

Introduction

« Quiconque regarde le droit d'auteur seulement comme un obstacle technique sur le chemin de l'achèvement du marché Unique numérique ne rend pas justice à son importance »¹

1. L'hypothèse de départ

La présente étude se fonde sur l'hypothèse initiale suivante : le droit d'auteur est confronté à une crise de légitimité en raison de l'inadaptation de la structure et de la définition des droits d'exploitation aux nouvelles utilisations des œuvres, dans un environnement numérique. Dans quelle mesure l'utilisation d'une œuvre relève-t-elle du droit d'exploitation au sens du droit d'auteur ? Concrètement, les actes qui consistent par exemple à poser un lien envers une œuvre illicite, relèvent-ils du champ d'application du droit d'auteur permettant à l'auteur d'exercer un contrôle sur l'utilisation de ces œuvres ? Alors que dans un monde analogique, les critères constitutifs de l'exploitation d'une œuvre semblent clairs, les contours et les caractéristiques d'une exploitation sont plus complexes à cerner dans un monde numérique, en raison notamment de la dématérialisation, de la convergence accrue des techniques et de l'interactivité qui en résulte. La restriction du sujet aux seuls droits d'exploitation est justifiée par une conception diamétralement différente de ces droits en France et en Allemagne.

2. Justification de l'approche comparative

Comment justifier une approche comparative du droit d'auteur français et allemand, si complexe déjà sur le plan purement terminologique ? La réponse est simple : les droits d'exploitation que l'on croyait pourtant harmonisés au niveau européen, présentent néanmoins une structure et des définitions différentes en France et en Allemagne. La restriction du sujet aux seuls droits d'exploitation, est justifiée par une conception différente de ces droits en France et en Allemagne, témoignant de l'existence de deux grandes traditions juridiques en Europe continentale. Ces deux pays jouent un rôle important dans l'élaboration du « droit d'auteur européen »² et leur coopération est souhaitée sur le plan politique comme le souligne une déclaration commune franco-allemande en droit d'auteur : « la France et l'Allemagne s'engageront donc activement et de manière constructive dans la démarche de

¹ *Droit d'auteur, Déclaration commune franco allemande* du 31 mars 2015, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, ministère de la culture et de la communication, p. 1.

² A. LUCAS-SCHLOETTER, *Is there a concept of european copyright law ? History, evolution, policies, and politics and the acquis communautaire*, in *EU Copyright law, a commentary*, Cheltenham 2014, p. 7.

modernisation du droit d'auteur initiée par la Commission européenne »³. Non seulement un haut niveau de protection de l'auteur rapproche les deux systèmes juridiques mais également l'existence d'une *summa divisio* au niveau des droits d'exploitation, permettant de reconnaître un droit d'exploitation sous forme corporelle (le droit de reproduction en France) et un droit d'exploitation sous forme incorporelle (le droit de représentation), une distinction que ne reprend pas très clairement la directive de droit commun d'auteur *InfoSoc*.

On a mentionné que les deux grands systèmes juridiques d'Europe continentale reconnaissent deux prérogatives attachées à l'auteur ou au titulaire de droits, à savoir le droit de représentation et le droit de reproduction. Néanmoins, devant la grande diversité des modes d'exploitation d'une œuvre, la France et l'Allemagne connaissent deux manières d'appréhender la structure des droits exclusifs d'exploitation. La présentation de ces approches diamétralement différentes, constituant une des plus grande différence structurelle entre le droit d'auteur allemand et français, précédera son appréciation.

Summa divisio et approche synthétique en France

« Les prérogatives patrimoniales de l'auteur, à l'image de celles qui avaient été reconnues par les révolutionnaires, sont présentées dans la loi du 11 mars 1957 [...] de façon synthétique⁴ ». Le style législatif adopté pour la rédaction de l'énoncé est emblématique de l'économie de moyens⁵, caractéristique de la loi de 1957, partiellement imitée par la loi de codification de 1992⁶. Cet esprit de synthèse est largement soutenu par la doctrine⁷ française. Limitée à deux droits patrimoniaux, conçus de manière suffisamment large et compréhensive, la sphère patrimoniale a, en principe, vocation à couvrir tous les actes d'exploitation possibles⁸. Comme l'a développé M. Pollaud-Dulian en 1989 dans sa thèse, « cette division en deux droits principaux, ayant chacun une acception très large, a permis et permet encore au droit français de faire face aux mutations et aux besoins nouveaux du droit d'auteur, d'une façon satisfaisante : elle donne à la législation sur la propriété littéraire et artistique une capacité d'adaptation bien plus grande que l'énumération de prérogatives spéciales, strictement définies... »⁹. En bref, l'art législatif français offre l'avantage de la souplesse et

³ Voir la déclaration commune franco-allemande en droit d'auteur du ministère de la culture et de la communication et du Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, signé à Berlin, le 31 mars 2015, téléchargeable sur : (<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Presse/Communique-de-presse/Fleur-Pellerin-et-Heiko-Maas-signent-a-Berlin-une-declaration-franco-allemande-sur-le-droit-d-auteur>).

⁴ Voir entre autres : A. ROBIN : J.-Cl. PLA, Fasc. 1240 : *Propriété littéraire et artistique. – Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation*, n° 13.

⁵ Voir notamment : F. POLLAUD-DULIAN, « La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans : bilan et perspectives » : RIDA n°213, juill. 2007, p. 3 et suiv. (Particulièrement, p. 17). De manière plus générale, sur les vertus d'une législation *a minima*, voir J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, réed. Champs Flammarion, 2006, p. 106 : « Une limitation du nombre des normes, mesurée aux besoins réels de la société, une sobriété qui bride la passion du droit ».

⁶ Voir notamment, A. FRANÇON, « la voie de la codification et systématisation du droit d'auteur – l'exemple de la France (Code de la propriété intellectuelle de 1992) », in : *ALAI*, La mise en œuvre des droits d'auteur – Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur, Congrès de Berlin 16-19 juin 1999, p. 257 et suiv.

⁷ Voir entre autres : Ch. CARON, n°308, p. 277 et suiv.; M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, 2015, n°516, p. 460; F. POLLAUD-DULIAN, n°937 et n°938, p. 699 et suiv.

⁸ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n°254, p. 251.

⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur* : LGDJ, 1989, n°152.

s'adapte aisément aux mutations et aux changements¹⁰ engendrés par l'utilisation de nouvelles technologies.

Summa divisio et approche analytique en Allemagne

Comme le soulignent à de nombreuses reprises les développements, la loi allemande relative au droit d'auteur et aux droits voisins reconnaît de nombreux droits d'exploitation différents, tel le droit de distribution (art. 17 UrhG), le droit de mise à disposition (art. 19 a UrhG), tout comme le droit de communication au moyen d'un enregistrement visuel ou sonore (art. 21 UrhG)¹¹ ou le droit de communication d'émissions radiodiffusées et de mises à disposition (art. 22 UrhG)¹². Il est intéressant de constater que la doctrine allemande ne remet que très rarement en cause le bien fondé de cette énumération des droits, et cherche au contraire à distinguer de manière toujours plus précise les différents droits d'exploitation. Les thèses ou travaux de recherche portant sur les droits d'exploitation en Allemagne s'appliquent donc plutôt à affiner et à rechercher des critères permettant de distinguer les droits, plutôt que de remettre en cause cette distinction et de proposer un rapprochement des droits. Dans le cadre de son travail de thèse mené avec une grande précision, M. Koof recherche par exemple de nouveaux critères permettant de distinguer le droit de mise à disposition (art. 19 a UrhG) et le droit de télédiffusion (art. 20 UrhG). Cette distinction systématique des droits se traduit par l'utilisation d'une terminologie symptomatique, puisque M. Koof ne cesse de faire référence à une nécessité de « démarcation¹³ » des droits, et que la plupart de ses développements sont consacrés à la recherche d'une « délimitation des droits¹⁴ », ou encore à la « concrétisation des critères de différenciation¹⁵ » etc. En Allemagne, un certain nombre de travaux de recherche propose même la création de nouveaux droits d'exploitation¹⁶, jugeant la distinction des droits pas encore assez précise. On constate donc que la structure des droits d'exploitation en France et en Allemagne évolue *de lege ferenda* de manière diamétralement opposée.

Appréciation d'une structure différente des droits sur le plan national

Un tel constat permet de comprendre que les deux conceptions des droits d'exploitation *de lege lata* sont souvent présentées comme s'affrontant : d'une part, la conception française est large et ouverte et d'autre part, la conception allemande est détaillée et fermée¹⁷. A première vue, la « souplesse et la simplicité de la première conception sont mises en balance avec la rigidité et la complexité de la seconde¹⁸ ». Ce propos tranché tenu notamment par M. Pignatari doit cependant être nuancé. Tout d'abord, il ne semble pas approprié de qualifier la conception allemande des droits comme étant fermée. Qu'entend-t-on par une conception

¹⁰ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n°255, p. 252.

¹¹ C'est-à-dire entre autres, la projection publique.

¹² C'est-à-dire, entre autres, la transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée etc.

¹³ « Demarkation zwischen dem Senderecht und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung », voir A. KOOF, *Senderecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Zeitalter der Konvergenz der Medien*, Mohr Siebeck Tübingen, 2015, p. 121.

¹⁴ « Abgrenzung von den Verwertungsrechten der Wahrnehmbarmachung », p. 85 et suiv. ; « Abgrenzung von den Rechten der Wahrnehmbarmachung », p. 119 et suiv. ; « Abgrenzung mittels der klassischen Auslegungsmethoden » p. 129 et suiv. etc. ; voir A. KOOF, *ibid.*

¹⁵ « Konkretisierung des Abgrenzungsmerkmals », voir A. KOOF, *ibid.*, p. 183 et suiv.

¹⁶ Tel par exemple le droit nommé « Abrufübertragungsrecht ». L'« Abrufübertragung » est constitué du mot « *Abruf* » que l'on peut traduire par la terminologie de consultation et du mot « *Übertragung* » constituant une transmission.

¹⁷ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larquier s.a., 2013, n°261, p. 185.

¹⁸ O. PIGNATARI, *ibid.*

fermée des droits dans ce contexte ? En Allemagne tout comme en France¹⁹, la liste des droits énumérés n'est pas exhaustive et n'est donc pas fermée. En effet, l'art. 15 UrhG est une clause générale²⁰, et l'énumération des droits par ce paragraphe n'est qu'exemplaire²¹. Une telle compréhension est confirmée par les commentaires allemands relevant que le droit exclusif de l'auteur est conçu de façon *ouverte*²² et *large*²³, afin que de nouvelles possibilités d'utilisation des œuvres, qui ne sont pas encore saisies par les droits d'exploitation nommés par la loi, puissent être soumises au contrôle de l'auteur²⁴. Certes, la conception des droits en Allemagne est détaillée, mais elle est ouverte.

Néanmoins, il est vrai que les avantages d'une conception des droits (analytique ou synthétique) reflètent les inconvénients de l'autre. Ainsi, une conception détaillée des droits en Allemagne présente, à n'en pas douter, des désavantages par rapport à une conception concise et synthétique française. Trois types d'inconvénients peuvent être énumérés. Premièrement, l'approche analytique tend en effet à « imaginer autant de droits qu'il existe de modes d'exploitation »²⁵. D'un point de vue systématique, ceci n'est pas le cas, puisqu'il ne s'agit ici que d'une tendance, bien réelle et qui conduit à se poser la question suivante : la définition d'un droit d'exploitation englobe-t-elle aussi des modes d'utilisation des œuvres ou des moyens techniques ne constituant pas des exploitations d'œuvres ? C'est ainsi qu'on cherche à savoir les contours et la définition de *l'exploitation* d'une œuvre, dans le cadre d'une approche analytique des droits. Deuxièmement, il est évident qu'une conception analytique des droits, descriptive et proche de la technique est plus délicate à mettre en œuvre qu'une conception synthétique des droits, à partir du moment où les délimitations à tracer entre les droits sont plus nombreuses. Toute catégorisation, quelle qu'elle soit entraîne des difficultés liées à la délimitation et aux contours de cette catégorie. La multiplication des catégories implique inévitablement la hausse des difficultés. De plus, une définition pointilleuse des droits occasionne une application plus exigeante du droit à un cas d'espèce bien particulier. Comment qualifier à l'aide de mots, des actes d'exploitation d'œuvres réalisés par le truchement de procédés techniques ? Troisièmement, il est vrai qu'un système analytique entraîne un émiettement des droits²⁶, rendant le système moins lisible, voire moins cohérent. Le système est certes moins lisible, mais est-il pour autant moins performant ? Peut-on considérer qu'un système clair et lisible, mais quelque peu artificiel soit plus performant ? Comment apprécier la performance d'un système juridique ? Est-il nécessaire de prendre en compte sa sécurité juridique, les intérêts qu'il protège ? Vaste question ! Cela revient à rechercher la finalité ou la justification du droit d'auteur, une réponse nécessairement politique qui ne peut faire l'objet de développements dans ce paragraphe.

¹⁹ A ce sujet : « toutes les prérogatives d'ordre patrimonial reconnues aux auteurs relèvent nécessairement de l'un ou de l'autre », voir TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n°254, p. 251.

²⁰ « § 15 als Generalklausel. Unbenannten Verwertungsrechte » voir notamment : J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A. § 15, n° 21 à 27, p. 350 suiv.

²¹ Puisque la terminologie « notamment », c'est-à-dire « *insbesondere* » est utilisée par la rédaction de l'article 15 (1) et (2) de la loi sur le droit d'auteur allemand. Exemple de formulation de l'article 15 (1) UrhG : « das Recht umfaßt *insbesondere* [...] » ; H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4. Auflage, n° 372, p. 196.

²² Voir entre autres : AmtlBegr. UFITA 45 [1965] 240/242 f./260; BGHZ 156, 1/13 – *Paperboy*.

²³ En allemand, c'est la terminologie « *umfassendes Verwertungsrecht* » ou « *das umfassende Ausschließlichkeitsrecht* » qui est employée. Voir H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4. Auflage, n° 372, p. 196.

²⁴ J. v. UNGERN-STERNBERG in : Schricker/Loewenheim 4. A. § 15 UrhG, n° 22.

²⁵ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larcier s.a., 2013, n°261, p. 185. Selon cet auteur, il semble que la terminologie de « modes d'exploitation » soit ici à comprendre au sens large.

²⁶ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larcier s.a., 2013, n°261, p. 185.

Concrètement, il faut tout de même noter qu'aucune conception des droits d'auteur, qu'elle soit allemande ou française n'est meilleure que l'autre. Les deux conceptions de droit d'auteur, analytique ou synthétique, présentent toutes deux des inconvénients et des avantages. Le plus gros inconvénient d'un système analytique est sans doute sa difficulté à traverser les époques. Il est exact de considérer que le système analytique présente moins de souplesse aux innovations technologiques « ce qui oblige le législateur à intervenir pour adapter les textes et pallier l'absence de droit formellement prévu, sous peine de voir l'acte en cause échapper à toute sanction »²⁷. Peut-on considérer que l'intervention du législateur constitue un désavantage ? D'un côté, la procédure législative conduisant à adopter un texte de loi est souvent longue, puisque l'adoption d'un texte est généralement le résultat d'une recherche de consensus. De l'autre, l'intervention du législateur constitue le fondement même de toute société démocratique où prévaut le dialogue, le compromis, la prise en compte de différents intérêts. De par son passé, l'Allemagne est particulièrement attachée à cette culture du dialogue, tout comme la France. L'intervention du législateur ne peut donc être considérée comme un désavantage puisqu'un tel processus permet de garantir des valeurs communes. Seul un droit accepté par tous peut véritablement être mis en œuvre.

La conception allemande du droit d'auteur présente donc aussi des qualités. La norme prévue dans la loi est claire et détaillée. Par conséquent, l'auteur, simple lecteur du texte de loi, est susceptible d'avoir une meilleure compréhension de ses droits : la loi, même avec ses nuances subtiles est plus accessible. On sait à quoi s'en tenir et les normes sont formulées de manière plus pragmatique. D'une plus grande précision, la conception analytique des droits apporte une certaine sécurité juridique, particulièrement en ce qui concerne l'application *de lege lata* de la loi. Une application uniforme de la loi est ainsi favorisée. Une conception détaillée des droits présente aussi des avantages, dépassant la simple mise en œuvre du droit exclusif de l'auteur *stricto sensu*. En effet, une conception détaillée des droits exclusifs de l'auteur entraîne aussi une plus grande sécurité juridique quant à l'application des droits voisins²⁸. De plus, l'étendue des droits exclusifs étant intimement liée à l'étendue des exceptions à ces droits, une conception analytique détaillée des droits entraîne, de manière logique, une formulation plus détaillée des exceptions aux droits exclusifs. Or, une formulation plus détaillée des droits²⁹, *c'est-à-dire* plus nuancée des exceptions, permet de concilier de façon plus subtile les différents intérêts en jeu. Par ailleurs, il semble qu'une approche analytique des droits entraîne une gestion collective des droits plus efficace³⁰.

Les avantages d'une conception analytique reflètent bien sûr à leur tour, les désavantages d'une conception synthétique des droits. Certes, une conception synthétique des droits a le mérite de la clarté, de la concision: la loi française est un chef-d'œuvre sur le plan conceptuel. Cette construction dogmatique traduit-elle bien la « réalité » concrète ? La cohérence de la

²⁷ O. PIGNATARI, *ibid.*, p. 185.

²⁸ Notamment quant à l'application de l'article 19 a UhrG et l'article 20 UrhG.

²⁹ On ne pourra se satisfaire de réponses simples sur les bienfaits d'un système nuancé; ainsi Th. DREIER: « Die Antworten auf die gestellten Fragen müssen angesichts der Komplexität der angesprochenen Sachverhalte zwangsläufig komplex ausfallen. Einfache Lösungen sind nicht zu haben », : *Enquete-Kommission «internet und digitale Gesellschaft» des Deutschen Bundestages, « Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft », Anhörung am 29.11.2010, 43 pages (p. 1).*

³⁰ Voir à ce sujet la thèse de S. NERISSON, *La gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne : quelle légitimité ?* IRJS éd., 2013.

conception synthétique française des droits n'est-elle pas artificielle ? Peut-on véritablement considérer la conception synthétique française comme étant précise³¹ apportant une plus grande sécurité juridique que la conception analytique des droits ? Face aux notions larges prévues par le Code de la propriété intellectuelle (CPI) français, on peut se demander si les problèmes de délimitation des droits ne sont pas transférés ou reportés à l'échelle des contrats d'exploitation des droits d'auteur. En effet, les contrats d'exploitation différencient souvent les droits de représentation applicables dans un environnement *online* et le droit de représentation à mettre en œuvre dans un environnement *offline*³². En pratique, les contrats d'exploitation ne retiennent donc pas toujours une compréhension large des notions de droit³³.

Par conséquent, la conception synthétique des droits permet d'adapter celui-ci aux technologies nouvelles, mais son adaptabilité dépend avant tout du travail d'interprétation de la norme par le juge³⁴ qui devra développer des concepts pour les faire vivre. L'interprétation d'une norme par le juge permet-elle de garantir une sécurité juridique ? En pratique, on ne peut négliger le fait que l'interprétation d'une norme peut varier suivant le juge ou les chambres saisies. Un tel recours permet-il une uniformité d'application de la norme ? Peut-on raisonnablement considérer que l'intervention du juge et la construction d'une jurisprudence stable et confirmée permettent de réagir plus rapidement à l'évolution des technologies que ne le ferait une intervention législative ? L'intervention du juge est-elle représentative de l'intérêt général, est-elle démocratique ? Quel est le rôle du juge, quel est le rôle du législateur ? Est-il préférable d'élargir les contours de concepts existants (par l'intervention des juges) plutôt que de créer de nouveaux droits (par l'intervention du législateur) ? La différence de conception des droits d'auteur dévoile en fait une profonde différence des systèmes juridiques allemands et français... le droit d'auteur faisant pourtant l'objet d'une politique ambitieuse d'harmonisation (ou tout au moins de rapprochement) sur le plan européen.

3. Délimitation du sujet

Le sujet met tout particulièrement l'accent sur une approche comparative en droit français et allemand, justifiée principalement par une structure et une définition différente des droits d'exploitation en France et en Allemagne. La terminologie de « structure » fait référence à une analyse des éléments des droits d'exploitation. Ni le droit moral ni le droit de suite ne font l'objet d'une analyse dans le cadre de cette thèse.

Le sujet s'attache aux nouvelles exploitations des œuvres dans un environnement numérique. Par conséquent, une analyse détaillée du droit de communication au public dans le sens d'une représentation de théâtre ou d'un concert, est exclue, s'il y a unité de temps et de lieu du public. Le considérant 23 de la directive *InfoSoc* prévoit explicitement que le droit de communication au public tel qu'il est prévu par la directive *InfoSoc*, « doit s'entendre [...] comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication ». De plus, il faut souligner que l'on était conduit à inclure une analyse du droit

³¹ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larcier s.a., 2013, n°262, p. 187.

³² Sur les difficultés d'application du droit de représentation et de reproduction, lorsqu'un ouvrage prévu initialement pour l'imprimerie traditionnelle retrouve une nouvelle vie, à travers le numérique. Le contrat d'édition initial couvre-t-il cette « nouvelle » exploitation numérique ?

³³ D'autres contrats d'exploitation en revanche, évoquent de manière cumulative, sans précision particulière, le droit de reproduction et le droit de représentation.

³⁴ Voir notamment P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3^{ème} millénaire* : JCP G 2000, p. 13 et suiv.

de distribution³⁵, limité à des œuvres incorporées dans un support intangible. Ainsi le droit de distribution a été appliqué dans un contexte de transfert en ligne. Des œuvres incorporées dans un support matériel peuvent bien sûr faire l'objet d'une commercialisation *online*, mais le sujet s'intéresse surtout aux modes d'utilisation *online* des œuvres, lorsque ces dernières sont incorporées dans un support numérique.

Ce travail n'a pas non plus pour ambition d'étudier des exceptions et limitations aux droits exclusifs d'exploitation pourtant très différentes en France et en Allemagne. Bien que l'étendue d'une exception soit liée à l'étendue d'un droit exclusif d'exploitation, la définition, par exemple, d'un copiste ne concerne pas — dans le cadre de l'exception de copie privée — l'essence de la définition d'une exploitation accordée à un titulaire de droit. Seule sera abordée l'exception de reproduction provisoire, participant pleinement à la définition du droit de reproduction. De plus, une analyse détaillée des différentes exceptions serait longue, descriptive et n'apporterait pas d'éléments de réflexion en vue d'une analyse plus globale du système de droit d'auteur dans son ensemble. Ne sont pas non plus abordés ni les contrats d'exploitation ni les questions liées à la cession des droits à différents titulaires dans le cadre d'œuvres multimédias. La responsabilité des intermédiaires n'est pas approfondie, ni même la procédure et les sanctions liées à un acte en contrefaçon. Pour finir, le sujet traite bien du droit d'auteur au sens strict et non des droits voisins du droit d'auteur. Bien que les bénéficiaires de droits voisins et le contenu de ces droits présentent de grandes différences en France et en Allemagne, le sujet ne traite que des droits exclusifs d'exploitation d'auteur faisant *a priori* l'objet d'une harmonisation à l'échelle européenne. La thèse exclut donc un examen de la directive des bases de données. En effet, le droit destiné à rentabiliser l'investissement d'un producteur de base de données reconnu par l'art. 7 de la directive de 1996 participe bien de la nature d'un droit voisin, alors même que la directive préfère l'appellation de droit *sui generis*. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par la loi allemande du 22 juillet 1997 transposant la directive, et une telle analyse est généralement confirmée par la doctrine aussi bien en France qu'en Allemagne. C'est pourquoi, l'analyse de la directive *InfoSoc* et de la jurisprudence européenne interprétant cette dernière fait l'objet de très larges commentaires dans cette thèse, tout en s'autorisant des références à la directive dite des « logiciels » et à la directive dite « location/prêt » traitant aussi des droits voisins, lorsque l'analyse de ces directives présente un intérêt pour le « droit commun » d'auteur.

4. Contexte européen

Harmonisation des droits par les directives

L'acte unique européen entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1987 qui a ouvert la voie à la réalisation d'un marché unique marque une nouvelle ère dans l'évolution du droit d'auteur au sein de l'Union européenne. Trente ans après l'adoption du traité de Rome, le contexte politique, légal et technologique a bien changé. De nouvelles technologies tels la télédiffusion par câble et par satellite ont favorisé l'exploitation internationale des œuvres.

Dans son livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique publié en 1988³⁶, la commission européenne identifie des problèmes qui requièrent une « action immédiate ». L'une d'elles ayant porté ses fruits quelques années plus tard est sans aucun doute l'adoption de la première directive dans le domaine du droit d'auteur, à savoir la directive concernant les

³⁵ Voir l'arrêt *usedSoft*, analysé plus bas.

³⁶ *Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique : problème de droit d'auteur appelant une action immédiate* : COM (88) 172, 7 juin 1988.

logiciels en 1991³⁷. On le sait, la protection des programmes d'ordinateur en tant qu'œuvre littéraire et artistique protégée par le droit d'auteur était une décision politique en vue d'encourager la compétitivité et le dynamisme de l'industrie du logiciel en Europe. C'est à juste titre qu'on peut faire la remarque selon laquelle le droit d'auteur a alors perdu de sa spécificité culturelle, mais gagné en importance politique³⁸. C'est également dans le but de renforcer la compétitivité de l'économie européenne que la directive sur les bases de données a été adoptée en 1996³⁹. D'autres directives dites de la « première génération » avaient pour but d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur. Il en va ainsi de la directive dite de « la location et le prêt »⁴⁰ (1992), la directive dite « satellite/câble »⁴¹ (1993), de la directive relative à la durée⁴² (1993) et au droit de suite⁴³ (2001). La plupart de ces directives sont des réactions face aux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ayant admis des restrictions à la libre circulation des marchandises et des services, justifiées par des règles de droit d'auteur national⁴⁴. La compétence⁴⁵ de l'Union européenne était/est limitée par les principes de subsidiarité⁴⁶, de proportionnalité⁴⁷ et l'art. 114 TFUE, constituant la base légale pour adopter des directives dans le domaine du droit d'auteur. Il n'est donc pas étonnant que l'approche de la Communauté européenne se soit révélée parcellaire et morcelée, réglementant soit une catégorie d'œuvres particulières⁴⁸, soit un aspect du droit patrimonial⁴⁹,

³⁷ Dir. CEE n°91/250 du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur : JOCE 17 mai 1991, n° L 122, p. 4. Version consolidée, Dir. 2009/24/CE du 23 avril 2009.

³⁸ Voir à ce sujet W.R. CORNISH, *Copyright Across the Quarter-Century*, (1995) : IIC, 801-12, p. 806.

³⁹ Dir. CE n°96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données : JOCE 27 mars 1997, n° L 077, p. 20.

⁴⁰ Dir. CEE n°92/100 du 19 nov. 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle : JOCE 27 nov. 1992, n° L 346, p. 61. Version consolidée, Dir. 2006/115/EC du 12 décembre 2006.

⁴¹ Dir. CEE n°93/83 du 27 sept. 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble : JOCE 6 oct. 1993, n° L 248, p. 15.

⁴² Dir. CEE n°93/98 du 29 oct. 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins : JOCE 24 nov. 1993, n° L 290, p. 9. Version consolidée, Dir. 2011/77/CE du 27 septembre 2011.

⁴³ Dir. CEE n°2001/84 du 27 sept. 2001, relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originales : JOCE 22 juin 2001, n° L 167, p. 10. Malgré sa date tardive d'adoption, due à d'après négociations, cette directive fait partie des directives de la « première génération ».

⁴⁴ La directive relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur a pour origine l'affaire *EMI-Electrola*. Voir CJCE, C-341/87, *EMI-Electrola v. Patricia*, 1989, Rec. 79, et la directive dite de la « location et du prêt » a pour origine l'arrêt *Warner Brothers*, voir CJCE, C-158/86 *Warner Brothers v. Christiansen*.

⁴⁵ V.-L. BENABOU, *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Thèse, Bruxelles 1997, p. 22-25.

⁴⁶ Principe de subsidiarité : règle directive en vertu de laquelle la Communauté n'agit – en dehors des domaines de compétence exclusive – que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'à l'échelon régional ou local, et peuvent donc être mieux réalisés au niveau de l'Union. (Art. 5 TUE), G. CORNU.

⁴⁷ Principe de proportionnalité : principe en vertu duquel l'action de la Communauté ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité de l'Union.

⁴⁸ Telle la directive CEE n°91/250 du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur dite directive sur les « logiciels » et la directive CE n°96/9 du 11 mars 1996, dite sur les « bases de données ».

⁴⁹ Telle la directive Dir. CEE n°92/100 du 19 nov. 1992 sur le « droit de prêt, location » ou la directive Dir. CEE n°2001/84 du 27 sept. 2001, dite sur le droit de « suite »

soit un mode d'exploitation des droits⁵⁰, jusqu'à la directive du 22 mai 2001 sur la société de l'information⁵¹ (nommée ci-après « directive *InfoSoc* »).

La logique de la directive *InfoSoc* contraste fortement avec les précédentes puisque cette dernière ne se contente pas d'une harmonisation ponctuelle « verticale » de certains aspects du droit d'auteur, mais procède bien à une harmonisation « horizontale »⁵². Ainsi, la directive *InfoSoc* s'applique indépendamment de la catégorie d'œuvre, ou du mode d'exploitation ou d'utilisation d'une œuvre permettant de franchir un pas supplémentaire dans le processus d'harmonisation des législations nationales⁵³. Ayant pour origine le livre vert datant de 1995⁵⁴, et destinée à incorporer les textes de droit international⁵⁵, la directive *InfoSoc* a permis l'harmonisation des principaux droits exclusifs d'exploitation en droit d'auteur et pour les titulaires de droits voisins tout comme la protection légale des mesures techniques⁵⁶. Sans véritable succès, la directive *InfoSoc* a également tenté d'harmoniser les exceptions, dont seulement celle prévue à l'art. 5.1 de la directive s'impose aux Etats membres, alors que les autres sont supplétives. En 2004, la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle⁵⁷ a été adoptée, harmonisant de manière horizontale la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle, pour toutes les procédures de contrefaçon au droit d'auteur. Le processus d'harmonisation continue en ce que deux autres directives ont été adoptées, à savoir la directive sur les « œuvres orphelines » en 2012⁵⁸ dans le but d'« encourager la numérisation des œuvres orphelines afin de faciliter l'accès au patrimoine culturel européen grâce aux bibliothèques numériques »⁵⁹ et la directive sur « la gestion collective des droits d'auteurs et des droits voisins » en 2014⁶⁰, pour une « meilleure gouvernance et une plus grande transparence de la gestion du droit d'auteur et des droits voisins par les sociétés de

⁵⁰ La directive sur la radiodiffusion par satellite et sur la retransmission par câble s'attachait par exemple à un mode d'exploitation particulier.

⁵¹ Dir. CE n°2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE 22 juin 2001, n° L 167, p. 10.

⁵² Au sens strict, on peut néanmoins considérer qu'une approche horizontale a déjà eu lieu dans le cadre de la directive relative à l'harmonisation de la durée, puisque cette durée de protection était harmonisée pour tout type d'œuvre protégés par les droits d'auteur et les droits voisins. De même la directive dite « location/prêt » a également permis l'harmonisation des droits voisins pour quatre catégories de titulaire de droits. Ces deux directives ne traitent cependant que d'aspects spécifiques.

⁵³ C. COLIN, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?*, 2008, thèse, version non publiée, p. 97.

⁵⁴ Livre vert de la commission européenne du 27 juillet 1995 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information : COM (95), 382 final.

⁵⁵ Tel le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et le traité de l'OMPI sur les *interprétations et exécutions et les phonogrammes en droit européen* (WPPT), adoptés à Genève le 20 décembre 1996.

⁵⁶ Pour un commentaire de la directive *InfoSoc* voir, entre autre : U. LOEWENHEIM, *Handbuch des Urheberrechts*, C. H. Beck München, 2010, § 54, G, p. 1041-1044 ; M. WALTER, S. v. LEWINSKI, *European Copyright law, a commentary*, Oxford Univ. Press, 2010, n° 11 (Information Society Directive) ; S. BECHTOLD, *Directive 2001/29/EC – On the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Information Society Directive)*, in Th. Dreier/P.B. Hugenholtz [éd.], *Concise European copyright law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, p. 421.

⁵⁷ Dir. 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO L 157 du 30 avr. 2004, p. 45 et L 195 du 2 juin 2004, p. 16 (rectificatif).

⁵⁸ Directive n°2012/28 UE du 25 octobre 2012, « sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines », JOUE L.299 du 27 octobre 2012, p. 5.

⁵⁹ F. POLLAUD-DULIAN, p. 695.

⁶⁰ Directive 2014/26/UE du 26 février 2014, JOUE L 86/72 du 20 mars 2014.

gestion collective »⁶¹, tout comme une simplification des licences multi-territoriales pour des œuvres musicales.

Transposition de la directive *InfoSoc* en France et en Allemagne

La transposition de la directive *InfoSoc* n'était pas aisée puisqu'il ne fallait pas seulement traduire la directive en droit national mais aussi adapter le droit d'auteur aux développements technologiques de l'information et de la communication numérique⁶². Plus soucieux de respecter les prescriptions de Bruxelles que le législateur français, le législateur allemand a donc prévu d'opérer une action en deux temps, par le biais de « corbeilles ». La transposition rapide de la directive *InfoSoc* en Allemagne a été faite par la première « corbeille » (1. Korb) « loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information » publiée le 12 septembre 2003⁶³ et entrée en vigueur le jour suivant⁶⁴. A cette occasion, le législateur a consacré le droit de mettre des œuvres protégées à la disposition du public à l'art. 19a UrhG. Il faut néanmoins remarquer qu'avant même la transposition de la directive, cette forme d'exploitation des œuvres était déjà protégée par un droit exclusif d'auteur⁶⁵. La première « Corbeille » a permis l'intégration de nouvelles exceptions dans la loi sur le droit d'auteur allemand, tel par exemple, l'exception pour les actes de reproductions provisoires prévue à l'art. 44 a UrhG, ou l'exception en faveur des personnes affectées d'un handicap à l'art. 45a UrhG, ou encore l'exception d'enseignement et de recherche à l'article 52 a UrhG⁶⁶.

Comme le relève bien Mme Lucas-Schloetter, « les sujets qui fâchent »⁶⁷ ont été reportés à ce que l'on a appelé la « deuxième corbeille » (2. Korb). Un large débat s'est alors instauré sur les modalités de la réforme tant au sein de la communauté scientifique⁶⁸ que dans la société

⁶¹ S. NERISSON, *La directive 2014/26/UE du 26 février 2014 sur la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins : vol au-dessus de vache sacrées intouchables* : PI, avril 2014, n°51, p. 135-150.

⁶² Th. DREIER, G. NOLTE, *La transposition de la directive 2001/29/CE en droit d'auteur allemand : la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information* (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft) : PI, janv. 2004, n°10, p. 576.

⁶³ Pour une analyse détaillée, voir notamment : M. SCHIPPAN, *Nun endgültig verabschiedet : Das digitale Urheberrecht – Korb 1* : ZUM 2003, 678 ; Th. DREIER, G. NOLTE, *La transposition de la directive 2001/29/CE en droit d'auteur allemand : la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information* (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft) : PI, janv. 2004, n°10, p. 576 s.

⁶⁴ Les deux autres « corbeilles » ne concernent pas la transposition *stricto sensu*.

⁶⁵ En effet, la majorité des commentaires de doctrine en Allemagne, considérait cet acte d'exploitation comme une forme de communication innommée au sens de l'article 15 al. 2 UrhG. La référence explicite à un droit de mise à disposition avantage surtout les artistes interprètes et producteurs de phonogrammes titulaires de droits voisins, puisque ces derniers ne se voient pas reconnaître un droit de communication au public complet. Concernant la radiodiffusion, par exemple, les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes ne disposent que d'un droit à rémunération.

⁶⁶ L'existence même de cette exception a longtemps été limitée dans le temps par l'article 137 k UrhG, qui a finalement été abrogée le 5.12.2014 (BGBl. I S.1974).

⁶⁷ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Lettre d'Allemagne, Qu'y a-t-il dans la « deuxième corbeille » ? La loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information* : PI, juillet 2008, n°28, p. 368.

⁶⁸ Voir notamment : Th. DREIER, *Développements récents en matière de droit d'auteur, Lettre d'Allemagne* : PI, avril 2007, n°23, p. 244 ; N. FLECHSIG, *Der Zweite Korb zur Verbesserung der Urheber- und Leistungsschutzrechte*, ZRP 2006, 145 ; R. HILTY, *Urheberrecht in der Informationsgesellschaft : « Wer will was von wem woraus ? » – Ein Auftakt zum « zweiten Korb »* : ZUM 2003, 983 ; Th. HOEREN, *Der Zweite Korb – Eine Übersicht zu den geplanten Änderungen im Urheberrechtsgesetz* : MMR 2007, 615 ; G. SPINDLER, *Reform des Urheberrechts im « Zweiten Korb »* : NJW 2008, 9.

civile tout entière. A l'issue de ce processus, la deuxième loi « sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information » fut finalement adoptée le 26 octobre 2007, soit quatre ans après la première. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008⁶⁹. Les principales innovations de la loi du 26 octobre 2007 concernent la copie privée, la redevance correspondante, l'introduction de deux nouvelles exceptions : elles visent la solution donnée par la Cour fédérale⁷⁰ à propos de l'envoi de copies d'œuvres protégées par des bibliothèques publiques à la demande des utilisateurs ainsi que la consultation des terminaux numériques. Elles étaient à inscrire à l'article 53 a UrhG, tout comme au 52 b UrhG transposant l'article 5 alinéa 3 n de la directive *InfoSoc*, à propos de « la possibilité pour les bibliothèques, les musées et les archives de mettre à la disposition du public les œuvres de leurs collections ou catalogue aux moyen de terminaux permettant leur consultation sous un format numérique »⁷¹. La seconde « corbeille » a également entraîné la suppression d'une disposition du droit contractuel d'auteur concernant les modes d'exploitation inconnus.

L'ambitieux projet de réforme⁷² dit de la « troisième corbeille » (3. Korb) qui devait notamment traiter des œuvres orphelines et de l'*open access* a été revu à la baisse et ne concerne finalement que l'introduction d'un nouveau droit voisin pour les éditeurs de presse⁷³ entré en vigueur en août 2013⁷⁴.

En France, une autre technique de transposition a été choisie⁷⁵ : tout devait être bien fait tout de suite... entraînant un retard de transposition qui a valu à la France une condamnation par la Cour du Luxembourg⁷⁶. *In fine*, la douloureuse et laborieuse gestation de la loi du 1^{er} août 2006 dite « loi *DADVSI* »⁷⁷ a réformé en profondeur le droit d'auteur dans des domaines très différents⁷⁸, et l'on peut même considérer que ce texte constitue la plus importante réforme depuis la loi du 3 juillet 1985⁷⁹.

⁶⁹ BGBl. 31 oct. 2007

⁷⁰ BGH, 25 févr. 1999, *Kopienversanddienst* : GRUR 1999, 707.

⁷¹ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Lettre d'Allemagne, Qu'y a-t-il dans la « deuxième corbeille » ? La loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information* : PI, juillet 2008, n°28, p. 368.

⁷² Voir notamment : Th. DREIER, L. SPECHT, *Droit d'auteur, Lettre d'Allemagne* : PI, juillet 2010, n°36, p. 914 s. (915) ; S. v. LEWINSKI, *Recent Developments of German Author's Rights Law* : A&M 2011/2, p.162 ; S. NIEDERALL, *Das Urheberrecht vor einem 3. Korb : Ausgewählte Handlungsfelder* : ZUM 2008, 397.

⁷³ Voir notamment, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Projet de la allemande – « Proposition de loi » française – Editeurs de presse– droit d'autorisation de l'indexation des contenus de presse – Agrégateurs d'actualité* : PI, janvier 2013, n°46, p.70 ; K.-N. PEIFER, *Leistungsschutzrecht für Presseverleger – « Zombie im Paragraphen-Dschungel » oder Retter in der Not ?* : GRUR-Prax 2013, 149.

⁷⁴ BGBl. du 14.5.2013. Loi entrée en vigueur le 1.08.2013

⁷⁵ Pour une analyse comparative avec le droit d'auteur allemand, voir *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, rencontres franco-allemandes*, R. M. HILTY, Ch. GEIGER (éd.), 2007, Spinger/IRPI, plus particulièrement, le TITRE 1 consacré à « la transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », p. 13-107.

⁷⁶ CJCE, 27 janv. 2005, aff. C-59/04, Commission c/ République française : CCE 2005, comm. 65, obs. de Ch. CARON.

⁷⁷ V. L n°2006-961, 1^{er} août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : JO 3 août 2006, p. 11529.

⁷⁸ T. AZZI, *La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé* : CCE, juill-août 2007, études, p.7 s. ; Ch. CARON, *La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : CCE, oct. 2006, études, p.8 s. ; Ch. GEIGER, *La loi du 1^{er} août 2006, une adaptation du droit d'auteur aux besoin de la*

Structure des droits au niveau de la directive

Au niveau des droits d'exploitation, on peut retenir que le législateur européen consacre une vision ternaire des prérogatives accordées aux auteurs dans la directive *InfoSoc*. La conception retenue s'éloigne de celle de l'Allemagne et de la France, qui reconnaissent une structure binaire des droits d'exploitation, une *summa divisio*. La directive étant le résultat visible de compromis atteints par les vingt-sept Etats membres après d'âpres débats, il est évident que le mode de rédaction de la directive diffère de celui de la loi interne. Alors que d'un point de vue français, la rédaction des dispositions du législateur européen est plutôt analytique, elle est plutôt synthétique d'un point de vue allemand. Toutefois, soucieuse de ne pas être rapidement dépassée par l'évolution des techniques, les prérogatives patrimoniales de la directive de 2001 sont rédigées plutôt de manière synthétiques ou globales. La rédaction présente alors les défauts de ses qualités : comment définir un droit de communication au public, un droit de distribution, un droit de reproduction ?

Mission délimitée d'une directive

Si la communauté européenne souhaite ardemment mettre les législations nationales en conformité avec les exigences européennes⁸⁰, elle n'envisage pas pour autant d'unifier les textes légaux des pays membres. Afin que chaque Etat membre puisse simultanément satisfaire à ces exigences et disposer d'une liberté suffisante au moment de la transposition, on s'est porté vers les directives. Cet instrument normatif remplit une mission bien délimitée : édicter un certain nombre de dispositions dans un certain domaine, tout en laissant aux Etats-membres la faculté de les transposer dans leur ordre interne si elles n'existent pas, ou de passer outre dans le cas contraire. L'article 259 du Traité CE dispose en effet que « la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales, la compétence quant à la forme et aux moyens ». Les législateurs nationaux et les juges doivent respecter les objectifs assignés par la directive européenne, mais ils disposent d'une certaine marge de manœuvre quant aux moyens employés en vue de l'accomplissement de ces objectifs. Par conséquent, les directives européennes sont transposées de manière différente en Allemagne et en France et l'harmonisation peut non seulement présenter un certain nombre de lacunes mais aussi laisser coexister des concepts différents. De plus, une même notion peut-être employée par différentes directives, dans un contexte différent, entraînant une signification différente pour une même terminologie.

Contribution de la CJUE au droit d'auteur européen ?

En raison des incertitudes quant à l'interprétation de mots clefs employés par les directives, les juridictions nationales ont, depuis environ dix ans, pris l'habitude de poser des questions préjudicielles, dans le domaine du droit d'auteur à la CJUE.

société de l'information ? RLDI, mars 2007, n°25, étude, p. 67 s. ; Th. DESURMONT, *La transposition en France de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* : RIDA, octobre 2006, n°210, p. 111 s.

⁷⁹ V. L n°85-660, 3 juill. 1985, relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle : JO 4 juill. 1985, p. 7495.

⁸⁰ A. DIETZ, *A propos de l'harmonisation des législations nationales dans les pays de la CEE* : RIDA, juill. 1983, n°117, p. 49-79 et suiv.

Contribution des juridictions nationales au droit d'auteur européen ?

Le renvoi préjudiciel est un mécanisme fondamental du droit de l'Union européenne, qui a pour objet de fournir aux juridictions des Etats membres le moyen d'assurer une interprétation et une application uniforme de ce droit au sein de l'Union⁸¹. C'est en vertu des articles 19, paragraphe 3, sous b, du traité sur l'Union européenne⁸² (« TUE ») et 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁸³ (TFUE), que la *CJUE* est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation du droit de l'Union et sur la validité des actes adoptés par les institutions, organes ou organismes de l'Union. La présente thèse s'intéresse uniquement au renvoi préjudiciel ayant pour objet l'interprétation du droit de l'Union européenne. Interpréter une règle du droit de l'Union ou une disposition d'un acte des institutions, « c'est en déterminer le sens et la portée [...] y compris son efficacité »⁸⁴. L'opération d'interprétation est ainsi entendue de la manière la plus large, même si, dans chaque affaire, elle n'est donnée par la Cour pour autant que cela est nécessaire. L'analyse s'attache à l'interprétation autonome et uniforme donnée par la *CJUE* aux notions, par exemple, de *communication au public* et de *reproduction provisoire*. La demande de décision préjudicielle est une procédure non contentieuse⁸⁵, une « procédure de juge à juge »⁸⁶, présentée par le juge national, d'où une coopération étroite⁸⁷ entre la *CJUE* et les juridictions des Etats membres.

En vertu de l'article 267 TFUE, toute juridiction d'un Etat membre, pour autant qu'elle soit appelée à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel, dispose du pouvoir d'adresser à la *CJUE* une demande de décision préjudicielle relative à l'interprétation d'une règle de droit de l'Union lorsqu'elle l'estime nécessaire pour résoudre le litige dont elle est saisie. Cette demande est étrangère à l'initiative des parties⁸⁸. Si le principe est bien celui d'une liberté d'appréciation laissée à la juridiction nationale en ce qui concerne la nécessité du renvoi, il y a lieu de prendre en considération différents cas d'obligations de renvoi qui pèsent sur la juridiction nationales en certaines circonstances. Le principe établi à l'article 267, alinéa 2 du TFUE, rappelé aussi dans les recommandations à l'attention des juridictions nationales⁸⁹ consiste à ouvrir aux juridictions nationales une *possibilité* de demander à la *CJUE* de statuer. Au contraire, une obligation de coopération avec la Cour est mise à la charge des juridictions qui statuent en dernière instance. Ainsi, l'article 267, alinéa 3, du TFUE prévoit une *obligation* de renvoi pour les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne. La rédaction des recommandations à l'attention des juridictions nationales

⁸¹ Le renvoi préjudiciel a été qualifié par la *CJUE* de « clef de voûte du système juridictionnel » Voir à ce sujet, *CJUE*, 18 déc. 2014, avis 2/13, pt. 176.

⁸² L'article 19 TUE définit les compétences de la Cour en des termes généraux.

⁸³ A titre de remarque, on peut observer que les articles 258 à 279 TFUE précisent les compétences de la Cour de justice de l'Union européenne en fonction du type de recours mis en œuvre, étant observé que ces compétences sont réparties à l'intérieur de l'institution entre la Cour de justice le Tribunal, et les tribunaux spécialisés.

⁸⁴ J. PERTEK, J.-Cl., Fasc. 361 : *Renvoi préjudiciel. – renvoi préjudiciel en interprétation*, mise à jour le 2 avril 2016, pt. 8.

⁸⁵ F. PICOD : J.-Cl. Synthèse – Renvoi préjudiciel vers la Cour de justice, 15 juin 2016.

⁸⁶ V. *CJCE*, 12 fév. 2008, KEMPTER, aff. C-2/06 : Rec. *CJCE* 2008, I, p. 411.

⁸⁷ Voir par exemple, *CJCE*, 27 oct. 1993, aff. C-127/92, Enderby, n° 10 : Rec. *CJCE* 1993, I, p. 5535.

⁸⁸ F. PICOD, Synthèse – Juridictions nationales et application du droit de l'Union européenne : J.-Cl., 15 juin 2016.

⁸⁹ Voir les *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, 2012/C 338/01.

est plus ambiguë, puisque le point 12 prévoit qu'une « juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne *est tenue* de saisir la Cour d'une telle demande ». L'obligation de l'article 267, alinéa 3 du TFUE s'explique par le fait que l'interprétation délivrée par de telles juridictions ne pourra pas être corrigée par une juridiction supérieure. La saisine de la Cour est obligatoire, sauf lorsqu'il existe déjà une jurisprudence en la matière ou lorsque la manière correcte d'interpréter la règle de droit en cause apparaît de toute évidence. Néanmoins, un renvoi préjudiciel peut s'avérer particulièrement utile lorsqu'il s'agit d'une question d'interprétation nouvelle présentant un intérêt général pour l'application uniforme du droit de l'Union, ou lorsque la jurisprudence existante ne paraît pas applicable à un cadre factuel inédit.

Rôle de surveillance de la Cour constitutionnelle fédérale allemande

Il est intéressant de noter qu'un rôle de surveillance ou de supervision est reconnu à la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁹⁰ à l'encontre de la Cour fédérale allemande⁹¹ au sujet d'un possible renvoi préjudiciel d'interprétation auprès de la Cour de justice de l'Union Européenne. Dans l'affaire *Drucker & Plotter*, par exemple, le BVerfG a considéré que le BGH a porté atteinte à l'article 101 al. 1 phrase 2 de la loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*, GG) qui dispose que « nul ne doit être soustrait à son juge légal »⁹², parce que le BGH s'est abstenu de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel sur le fondement de l'article 267 al. 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁹³ (ci-après TFUE).

En l'espèce, le BGH⁹⁴ était amené à statuer sur le fait de savoir si les imprimantes et les traceurs graphiques⁹⁵ appartiennent aux appareils de reproduction nécessitant une rémunération au sens de l'article 54 a I UrhG en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007. Contrairement à une partie de la jurisprudence allemande, et à l'opinion exprimée par la

⁹⁰ Traduction littérale de *Bundesverfassungsgericht*, BVerfG.

⁹¹ En allemand : le *Bundesgerichtshof*, BGH.

⁹² Ch. AUTEXIER e. a., *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, trad. 2014.

⁹³ L'art. 267 TFUE dispose que « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce n° est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

⁹⁴ Voir BGH, 06.12.2007 : GRUR 2008, 245.

⁹⁵ Un *traceur* ou *table traçante* ou *plotter* est un périphérique d'impression informatique pour les impressions graphiques en mode trait. Depuis les années 1960, les traceurs à plume ou jet d'encre ont accompagné l'expansion de la conception assistée par ordinateur. Dans les années 1980, ils ont généralement été remplacés par des imprimantes à jet d'encre et laser de grand format, de sorte qu'il est maintenant courant de se référer à ces imprimantes grand format comme « traceurs », même si ces imprimantes n'utilisent pas le « tracé » comme technique d'impression. Voir *Wikipédia*.

doctrine⁹⁶, le *BGH* a refusé d'appliquer la rémunération à ces appareils⁹⁷. La société de gestion collective « VG Wort », lésée dans ses intérêts, a alors fait valoir devant le BVerfG l'inconstitutionnalité de la décision du *BGH*, puisque le *BGH* n'a pas demandé à la *CJUE* de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 5 al. 2 de la directive *InfoSoc*. En effet, un recours préjudiciel en interprétation devant la *CJUE* permettrait d'éclairer la signification de l'article 5 al. 2 de la directive *InfoSoc*, d'autant plus qu'il n'existe pas de jurisprudence claire en la matière.

Ce qui fait la grande originalité du système allemand de justice constitutionnelle, c'est incontestablement la possibilité pour tout titulaire d'un droit fondamental de contester la conformité à la Loi fondamentale d'un jugement, par un « recours constitutionnel »⁹⁸ car elle fait de la Cour constitutionnelle fédérale, une véritable cour suprême. On ne retrouve pas un tel mécanisme en France. Même la mise en place de la *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) par la réforme constitutionnelle du 23 juillet en 2008, n'est qu'un droit pour toute personne qui est partie à un procès ou une instance : elle peut alors demander si une disposition législative ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Le Conseil constitutionnel n'a donc jamais été conçu comme une vraie juridiction, dont le rôle consisterait notamment à « superviser » les cours et tribunaux. C'est ce qui explique aussi qu'avant la réforme de 2008, les justiciables ne pouvaient même pas contester la conformité à la Constitution d'une loi déjà entrée en vigueur. Comme le rappelle M. Michel Debré dans un discours prononcé lors de la présentation du nouveau texte constitutionnel au Conseil d'État le 27 août 1958, le Conseil Constitutionnel a pour « mission » originaire de rationaliser le parlementarisme :

« La création du Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution. Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire ni dans la tradition française de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi. Le projet a donc imaginé une institution particulière que peuvent seules saisir quatre autorités : le président de la République, le Premier ministre, les deux présidents d'Assemblée. [...] La Constitution crée ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire »⁹⁹.

Depuis l'instauration de la *Question préliminaire de Constitutionnalité* en application de l'article 61-1 de la Constitution française, on peut néanmoins oser parler d'un vague rapprochement avec la protection constitutionnelle allemande des droits fondamentaux, sans aller jusqu'à obliger les juridictions statuant en dernière instance à poser des questions préjudicielles à la *CJUE*.

En vertu d'une jurisprudence bien établie, la *CJUE* exige que la juridiction nationale rédige une ordonnance de renvoi qui définit le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent

⁹⁶ Voir notamment J. v. UNGERN-STERNBERG, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2006 und 2007 (Teil I)* : GRUR 2008, 193 [199].

⁹⁷ Pour des commentaires de l'arrêt du *BGH*, voir notamment : H.-P. GÖTTING *BGH : Keine urheberrechtliche Vergütungspflicht für Drucker – Drucker und Plotter* : LMK 2008, 264387 ; Drucker und Plotter gehören nicht zu den nach § 54 a al. 1 UrhG vergütungspflichtigen Vervielfältigungsgeräten.

⁹⁸ En allemand : *Verfassungsbeschwerde*.

⁹⁹ Discours de Jean-Louis DEBRÉ - Colloque « Séparation des Pouvoirs et justice constitutionnelle », 6 mai 2014; reprise d'une synthèse tenue devant le Conseil d'État, le 27 août 1958.

ses questions, permettant d'expliquer les hypothèses factuelles sur lesquelles ses questions sont fondées¹⁰⁰.

Procédure préjudicielle devant la CJUE

La procédure classique devant la Cour de justice se fait en plusieurs étapes : notification de la demande aux personnes intéressées, observations ou mémoires, audience, conclusions de l'avocat général, bien que ces deux dernières phases ne soient pas systématiques¹⁰¹. En effet, la CJUE peut décider de ne pas tenir d'audience si elle s'estime suffisamment informée. Généralement, les avocats généraux sont chargés de présenter, en toute impartialité et en toute indépendance, un avis juridique, dénommé « conclusions », dans les affaires dont ils sont saisis. Il faut cependant préciser que la Cour n'est liée ni par les conclusions de l'avocat général ni par la motivation par laquelle il y parvient. Et en vertu de l'article 20, alinéa 5 de ses statuts, la CJUE peut juger l'affaire sans conclusion de l'avocat général lorsqu'elle estime que l'affaire ne présente aucune question nouvelle de droit. La CJUE ne répond non pas par un simple avis, mais par un arrêt motivé ou une ordonnance plus brièvement motivée, en l'absence de conclusion de l'avocat général.

La réponse de la CJUE consiste alors à fournir une interprétation du droit de l'Union et non à appliquer ce droit à la situation de fait qui sous-tend la procédure au principal¹⁰². En effet, la CJUE rappelle que la procédure préjudicielle est fondée sur une « nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour »¹⁰³. La CJUE n'est donc pas compétente pour vérifier la compatibilité ou la conformité du droit national, pour procéder, voire vérifier l'établissement et l'appréciation des faits qui relèvent de la juridiction nationale, ce qui conduira en principe la Cour à examiner les questions à partir de l'appréciation portée par la juridiction nationale et non au regard des faits qui ont pu être révélés au cours de la procédure devant la Cour.

La CJUE affirme par contre sa compétence pour fournir au juge national les éléments d'interprétation relevant du droit européen, lui permettant de juger cette compatibilité et de résoudre le problème juridique dont il est saisi¹⁰⁴. La Cour de justice n'est pas davantage compétente pour interpréter le droit national, ce qui la pourra conduire à délivrer une interprétation du droit de l'Union européenne tout en étant consciente des aléas par rapport à l'incertitude qui affecte l'interprétation du droit national. Elle rappelle que c'est à la juridiction de droit nationale qu'il appartient d'interpréter le droit national à la lumière du droit de l'Union européenne. Dans la perspective de donner au juge national des réponses utiles à la résolution du litige, la CJUE s'autorise à reformuler les questions qui lui sont soumises. La CJUE peut aussi interpréter des dispositions non visées dans les questions de la juridiction nationale en vue de fournir à celle-ci une réponse utile. La Cour a toutefois observé qu'une modification de la substance des questions préjudicielles serait incompatible avec le rôle qui lui est dévolu ainsi qu'avec l'obligation de la Cour d'assurer la possibilité aux gouvernements des Etats membres et aux parties intéressées de présenter des observations. Dès lors que la CJUE se prononce sur l'interprétation du droit de l'Union, la CJUE s'efforce donc donner une réponse

¹⁰⁰ CJCE, 26 janv. 1993, aff. Jtes C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Telemarsicabruzzo*, pt. 6 : Rec. CJCE 1993, I, p. 393 – CJCE, 11 avr. 2000, aff. Jtes C-51/96 et C-191/97, *Mme Deliège*, pt. 30 : Rec. CJCE 2000, I, p. 2549.

¹⁰¹ Pour une approche plus détaillée, voir : J.-Cl., Europe traité, J. PERTEK, Fasc. 361.

¹⁰² Exception cependant dans le cadre de l'affaire Marco del Corso.

¹⁰³ CJUE, 14 mars 2013, aff. C-419/11, *Ceska Sporitelna*, pt. 20.

¹⁰⁴ Voir notamment, CJUE, 22 janv. 2015, aff. C-419/13, *Art & Allposters International*, pt. 22.

utile pour la solution du litige au principal, mais c'est à la juridiction de renvoi qu'il revient d'en tirer les conséquences concrètes.

Autorité d'une ordonnance ou d'un arrêt préjudiciel

Quelle est l'autorité d'une ordonnance ou d'un arrêt préjudiciel ? L'autorité des arrêts préjudiciels peut être examinée tant à l'égard de la juridiction qui est l'auteur de la demande qu'à l'égard des autres juridictions. La *CJUE* considère qu'il appartient à la juridiction nationale d'appliquer les règles de droit, telles qu'interprétées par la Cour, aux faits de l'affaire considérée. La juridiction nationale destinataire de la décision de la *CJUE*, est liée par l'interprétation donnée, quand elle tranche le litige pendant devant elle. Le non-respect de l'arrêt de la Cour peut être sanctionné par des recours internes et pourrait faire l'objet, en cas de décision devenue définitive ou non susceptible de recours, d'une action en constatation de manquement. La juridiction nationale destinataire de l'arrêt pourra saisir la *CJUE* d'une nouvelle question, si elle se heurte à des difficultés de compréhension ou d'application de l'arrêt en particulier lorsque ce dernier pose une nouvelle question de droit ou lorsqu'il lui soumet de nouveaux éléments d'appréciation susceptibles de conduire la Cour à répondre différemment à une question déjà tranchée. Les arrêts d'interprétation *pourront* toujours être utilisés par d'autres juridictions faisant ainsi l'économie d'un renvoi, mais ils ne les privent pas de soulever des questions d'interprétation.

Portée des décisions de la *CJUE*

Peut-on alors considérer que la portée des décisions de la *CJUE* ne se limite qu'à des réponses à des questions préjudicielles posées dans un cas précis ? Peut-on considérer que les décisions de la *CJUE* présentent un « intérêt général » dépassant la question préjudicielle posée ? Aucun texte, ni même les recommandations à l'attention des juridictions nationales relatives à l'introduction de procédures préjudicielles éditées en 2012, n'apportent de précisions quant à l'autorité des décisions de la *CJUE* à l'égard des juridictions n'ayant pas posées de question préjudicielle, mais saisies d'un problème juridique identique. Trois arguments permettent cependant d'appuyer la thèse d'une large portée des décisions de la *CJUE*. Premièrement, il fut déjà mentionné que la *CJUE* n'hésite pas à reformuler les questions préjudicielles, ce qui témoigne d'une volonté de la part de la *CJUE* d'apporter des réponses dépassant la simple question préjudicielle. La démarche de la *CJUE* est donc constructive et globale. Deuxièmement, en raison du principe de primauté¹⁰⁵ et en vertu d'une jurisprudence bien établie, le juge national en charge de l'application de dispositions ou des principes de droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ce droit en laissant au besoin inappliquée toute disposition nationale contraire, sans avoir à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par son auteur ou par tout autre procédé constitutionnel. L'incompatibilité d'une norme nationale avec le droit de l'Union européenne n'a ni pour effet de rendre la norme nationale inexistante ni de contraindre le juge national à en prononcer la nullité, le conflit devant normalement se résoudre par l'application du droit de l'Union par la juridiction nationale, ce qui pourra entraîner l'inapplication des dispositions de droit national contraires. Troisièmement, la *CJUE* par sa jurisprudence semble compenser « l'échec » d'harmonisation du droit d'auteur par la méthode du compromis à l'échelle législative européenne.

La portée large des décisions de la *CJUE* qui semble bien plus créer le droit au lieu d'interpréter des normes du droit dérivé, explique vraisemblablement le nombre très

¹⁰⁵ Voir R. MEHDI : J-CL. Europe, Traité, Fasc. 196.

fortement croissant de questions préjudicielles posées à la *CJUE* par les juridictions nationales en matière de droit d'auteur ces cinq dernières années.

Le sujet traite donc des droits d'exploitation en droit d'auteur français et allemand tout en accordant une grande place à la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne, et en analysant la réception actuelle de cette jurisprudence européenne sur le plan national.

5. Remarque méthodologique et environnement numérique

Le travail s'attache aux nouvelles exploitations des œuvres dans un environnement numérique. Comment décrire à l'aide de mots des procédés techniques ? Comment déterminer le début et la fin d'un acte d'utilisation d'une œuvre à protéger ?

Approche technique ou fonctionnelle ?

Deux méthodes peuvent être retenues dans le but d'appliquer la loi sur le droit d'auteur. Il s'agit d'une part d'une approche technique. Celle-ci présente l'avantage d'être précise, d'apporter une certaine sécurité juridique, mais a l'inconvénient de ne pas être flexible. L'approche dite *fonctionnelle* est par contre flexible, mais a pour inconvénient de présenter une moins grande sécurité juridique. En effet, le risque est grand de céder à une analyse politique et économique des actes d'utilisation des œuvres privilégiant des intérêts catégoriels.

De nouveaux paramètres caractérisent l'environnement numérique qui se distingue du monde analogique en ce que les œuvres sont reproduites, diffusées, et mises à disposition dans un environnement dématérialisé *offline* ou *online*. Or comment définir un environnement dématérialisé, et quelles conséquences en découlent ? Assiste-t-on à une convergence des médias ? Comment expliquer l'interactivité entre les différents acteurs ?

Dématérialisation et convergence des médias

Une compréhension grammaticale du mot dé-matérialiser signifie « ôter »¹⁰⁶ de sa dimension matérielle. Au support matériel d'une œuvre, constitué par exemple par des feuilles de papier d'un livre, va être substitué un support numérique, soit disant *non* matériel qui prendra par exemple la forme d'un *E-Book*. L'environnement numérique n'est donc pas dépourvu de supports. A considérer le support en tant que *fonctionnalité*, celui-ci désigne « tout procédé d'acheminement d'une œuvre vers un public, qu'il s'agisse d'un corps solide ou fluide, tangible ou intangible »¹⁰⁷. Les opinions divergent cependant quant à la nature de ces supports. Certains considèrent que ces supports sont immatériels et d'autres, au contraire, que ces supports sont matériels. Dans l'absolu, 'l'immatérialité' de l'environnement numérique repose aussi sur de la matière. Définir la dématérialisation à proprement parler n'a donc pas grande importance.

Ce sont donc plutôt les possibilités d'utilisation des œuvres offertes par la dématérialisation et l'utilisation de ces nouveaux supports numériques qui doivent attirer l'attention. Force est de constater que l'uniformité du support numérique des contenus a

¹⁰⁶ Le préfixe *dé-* (du préfixe latin *dis-*) entrant dans la composition de nombreux mots, pour exprimer la cessation d'un état, d'une action ou alors l'état, l'action inverse. Dictionnaire de français LAROUSSE.

¹⁰⁷ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larcier s.a., 2013, p. 196.

entraîné et entraîne encore une certaine convergence des vecteurs d'œuvres que sont par exemple la télévision, l'ordinateur et, plus récemment, le téléphone portable¹⁰⁸. Que signifie « converger » ? C'est « tendre vers un point ou un but commun », « aller en se rapprochant »¹⁰⁹. Alors que dans le monde analogique, il est possible de distinguer les livres, les supports sonores et visuels constituant des vecteurs distincts pour les textes, la musique et les images, ces derniers peuvent désormais être stockés et diffusés sur un support numérique uniforme. Il y a quelques années, ce support numérique prenait la forme d'un *CD-ROM*, puis d'un *DVD* ou d'une clef *USB*. Aujourd'hui, tout support digital peut être „incorporé“ dans n'importe quel appareil, que ce soit une photocopieuse, une tablette ou un téléphone portable.

Bien sûr, le problème de la convergence des techniques et des médias en droit d'auteur n'a pas pour origine la numérisation ou la connectivité. L'existence d'un seul et même format numérique accroît cependant fortement cette tendance dans l'environnement numérique. De manière plus globale, une telle convergence technique entraîne également un rapprochement des services proposant des prestations culturelles sur le plan économique, organisationnel, et sur le plan des contenus¹¹⁰.

Le format numérique unique, la convergence des vecteurs des œuvres¹¹¹ et donc aussi des médias¹¹², favorisent l'intervention de nouveaux acteurs que sont les prestataires de services de la société de l'information et renforcent leur rôle, si bien que de nouveaux intérêts doivent être pris en compte. Parallèlement à une chaîne de diffusion plus complexe des œuvres¹¹³, les consommateurs-internautes gagnent en autonomie et deviennent de véritables acteurs, favorisant ainsi l'interactivité.

¹⁰⁸ Pour une analyse pionnière dans ce domaine, voir par exemple : Th. DREIER, *Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts*, in : J. Becker/Dreier, *Urheberrecht und digitale Technologie*, Nomos 1994, p. 123-153 ; Th. DREIER, *Urheberrecht und digitale Werkverwertung*, Die aktuelle Lage des Urheberrechts im Zeitalter von *internet* und Multimedia, Gutachten, Friedrich Ebert Stiftung, 1997.

¹⁰⁹ Définition du petit Robert. Voir aussi, Th. DREIER, *Technische Konvergenz und Konvergenz der urheberrechtlichen Regulierung*, in : Dreier/Hilty (Hrsg.), *Vom Magnettonband zu social Media*, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), C.H. Beck., 2015, p. 339-348.

¹¹⁰ Voir Th. DREIER, *ibid.*, p. 339 ; Voir aussi entre autres, Th. DREIER, *FS Erdmann*, 2002, 73 s. ; Th. DREIER, *FS Ullmann*, 2006, p. 37 s.

¹¹¹ Voir notamment : A. OHLY, *Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag*, p. 2 et p. 8-10. Voir aussi, A. LUCAS, *Exploitation et responsabilité à la lumière de la convergence des médias* (p. 111-122), S. PERLMUTTER, *Convergence and the Future of Copyright* (p.15-27), J. BING, *Convergence – and some possible consequences for copyright and right holders* (p. 28-46) in : *Copyright, Related Rights and Media Convergence in the Digital Context*, ALAI, Journées d'étude nordiques du 18 au 20 juin 2000, Stockholm, Suède.

¹¹² Voir le dictionnaire *FranceTerme*. La terminologie « média » désigne ici tout moyen de diffusion par un dispositif technique permettant la « communication » de façon unilatérale ou multilatérale par un échange d'informations. En latin, *media* est le pluriel de *medium* (milieu, intermédiaire). Le médium, tel qu'il est employé dans les textes allemands fait néanmoins plutôt référence à la notion de « vecteur » d'œuvre.

¹¹³ Voir notamment G. SPINDLER, *Provider – weder Rechteinhaber noch Nutzer*, in : Dreier/Hilty (Hrsg.), *Vom Magnettonband zu social Media*, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), C.H. Beck., 2015, p. 399-420 (399).

Interactivité

L'interactivité n'est pas propre à l'environnement numérique, mais son application y est facilitée. Dans le monde analogique, la chaîne de diffusion et de commercialisation des œuvres poursuit un modèle « linéaire »¹¹⁴ : l'auteur ayant par exemple créé une œuvre littéraire transmet à l'éditeur les droits afin de confectionner un livre, qui par la suite sera vendu afin d'atteindre le consommateur par le biais d'un expéditeur ou par la voie du commerce.

Par contre, la chaîne de diffusion des œuvres est bien plus complexe dans le monde numérique¹¹⁵. A première vue, on pourrait croire que le monde numérique entraîne une simplification des rapports en présence, puisque le nombre de personnes impliquées dans la chaîne de diffusion et de commercialisation des œuvres a, semble-t-il, diminué¹¹⁶. Etant donné que la diffusion de la version électronique d'un roman par exemple, ne nécessite plus l'intervention des éditeurs, les intérêts en présence ne constituent plus la trilogie classique entre l'auteur, l'éditeur et le consommateur, mais sont a priori réduits au nombre de deux : l'auteur et son public. En réduisant le rôle du consommateur à celui d'un contrefacteur, il a souvent été affirmé que les intérêts de l'auteur s'opposaient à ceux de l'internaute-consommateur, ce dernier étant soit disant uniquement motivé par un « accès » rapide et gratuit aux œuvres. Pour se faire, le consommateur serait enclin à contourner les mesures techniques de protection des œuvres et il serait peu soucieux du droit d'auteur en vue d'assouvir sa soif de consommation. Il a donc souvent été considéré, que les intérêts des auteurs s'opposent systématiquement aux intérêts des internautes-consommateurs¹¹⁷, une argumentation ayant vraisemblablement pour origine une compréhension erronée et très restrictive de la justification déontologique classique du droit d'auteur français, selon laquelle le droit d'auteur a pour but de protéger les intérêts de l'auteur.

Cependant, il est inexact de déclarer de manière abstraite et générale que les intérêts de l'auteur s'opposent systématiquement aux intérêts des utilisateurs-consommateurs, puisque l'auteur est généralement lui-même consommateur d'œuvres, et qu'inversement, l'utilisateur-consommateur contribue lui aussi de plus en plus à la création des œuvres. De plus, la version électronique d'un roman écrit par l'auteur est généralement disponible sur un site *internet*, dont le contenu est trouvé et mis en valeur par des moteurs de recherche, dont l'accès est

¹¹⁴ G. SPINDLER, *Provider – Weder Rechteinhaber noch Nutzer*, in : Dreier/Hilty, (Hrsg), *Vom Magnettonband zu Social Media*, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), C.H. Beck., 2015, p. 399-420.

¹¹⁵ Voir en ce sens aussi, *Enquete-Kommission* confiée à Th. DREIER « *internet und digitale Gesellschaft* » des Deutschen Bundestages, « *Entwicklung des Urheberrechts in der digitalen Gesellschaft* », du 29.11.2010.

¹¹⁶ Voir en ce sens : A. OHLY, *Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und- ver hinderung*, in : M. EIFERT et W. HOFFMANN-RIEM [éd.], *Geistiges Eigentum und Innovation, Innovation und Recht I*, Berlin 2008, Duncker & Humblot, 279-297 (295). Voir aussi, K.-N. PEIFER, *Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht* : GRUR 2009, Heft 1, 22-28 (23).

¹¹⁷ On ne peut nier que le droit d'auteur est souvent perçu comme un obstacle par certains consommateurs, puisque toute entrave à l'utilisation d'une œuvre disponible *online* est souvent considérée par ces derniers comme une atteinte à leur liberté (atteinte à la liberté d'expression, à la liberté d'information etc.). Pour une approche synthétique des points de vue exprimés dans les blogs online remettant en cause l'existence même du droit d'auteur, voir notamment : M. HAEDICKE, *Patente und Piraten, Geistiges Eigentum in der Krise*, Verlag C.H. Beck, München, 2011, notamment p. 1 à 12 (System unter Beschluss, « Verlust des Grundkonsenses »). On ne peut ici, faute de place, apprécier les arguments mis en avant par les consommateurs, puisque cela a déjà fait l'objet de plusieurs thèses. Voir notamment la thèse de Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, approche de droit comparé, collection IRPI, Tome 25, Litec – Lexis-Nexis, 2004.

donné par des fournisseurs. Ce même contenu peut même être relié par des liens à d'autres contenus, voire diffusé sur des plates-formes *UGC* (*User Generated Content*), tel des blogs, des forums, des Communautés, des sites *web* de particuliers, dont le contenu est généré par des utilisateurs.

Se pose donc la question de savoir si les intermédiaires que sont par exemple les fournisseurs d'accès, les moteurs de recherche etc. constituent de véritables acteurs s'inscrivant dans de nouvelles chaînes de diffusion des œuvres, ou si le rôle de ces derniers peut être réduit à celui de simples « auxiliaires d'exécution » ou à celui de simples intermédiaires techniques. Tenant compte des nouvelles définitions d'un acte de communication au public ou d'un acte de reproduction, c'est au cas par cas, qu'il s'agit de déterminer si les intermédiaires effectuent des actes relevant du monopole du droit d'auteur ou non. Parfois, il est même délicat de déterminer qui de l'utilisateur-consommateur ou de l'intermédiaire réalise un acte relevant du droit d'auteur¹¹⁸. Une telle difficulté sera particulièrement présente dès lors qu'il s'agit de qualifier des actes réalisés au niveau des plates-formes *UGC*.

La position des intermédiaires est pour le moins ambiguë. Ils ne sont ni de véritables utilisateurs ni de véritables titulaires de droits¹¹⁹. A partir du moment où les intermédiaires sont bien plus intéressés par le bénéfice potentiel pouvant être tiré d'une œuvre que par le contenu même de cette œuvre, les intermédiaires ne se comportent pas comme de véritables titulaires de droit. Pour eux, il semble que l'œuvre ne soit qu'un moyen permettant d'atteindre un but. Quel est ce but recherché ? En fait, plusieurs sont à prendre en considération. Certains intermédiaires s'inscrivent dans une logique de « prestataires de service » cherchant à faire des profits par le biais des revenus de publicité. D'autres intermédiaires sont intéressés par la récupération de données personnelles, ou par l'adhésion de nouveaux membres etc. Cependant, M. Spindler considère que les intermédiaires de l'*internet* peuvent être qualifiés de « titulaires de droit », sans pour autant s'inscrire de manière classique dans la chaîne d'exploitation¹²⁰.

Les intermédiaires peuvent-ils être qualifiés d'utilisateurs ? Tel ne semble pas non plus être le cas. En effet, l'affichage des résultats ne constitue qu'une simple contribution à la diffusion des œuvres. De plus, l'utilisateur semble bien plus intéressé par le contenu protégé que l'intermédiaire. Dans le monde numérique en effet, l'internaute-utilisateur n'est généralement pas *passif*, mais adopte au contraire, un comportement *actif*. Traditionnellement, on distinguait le public (passif) de l'utilisateur (actif). Force est de constater qu'un simple public ne souhaitant que visualiser un film par exemple, doit déjà se montrer non seulement passif, mais également *actif*. Dans un monde *online*, la distinction entre un public et un utilisateur s'estompe complètement. Ainsi, l'internaute 'consommateur'-utilisateur *clique* sur des *liens*, il visualise au moment et au lieu de son choix une œuvre en *streaming*, il *télécharge* de manière descendante une œuvre simplement mise à disposition sur un *site web* etc. De plus, à partir du moment où l'internaute ne réceptionne plus de manière

¹¹⁸ Tel est par exemple aussi le cas, lorsqu'une œuvre est diffusée grâce à la technique du *streaming*. Qui réalise l'acte d'exploitation en question ? L'utilisateur-consommateur ou l'intermédiaire stockant l'œuvre *online* ?

¹¹⁹ G. SPINDLER, *Provider – Weder Rechteinhaber noch Nutzer*, in : Dreier/Hilty, (Hrsg), *Vom Magnettonband zu Social Media*, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), C.H. Beck., 2015, p. 399-420.

¹²⁰ G. SPINDLER, *ibid.*

passive les œuvres télédiffusées, la distinction entre l'émetteur d'un contenu et son récepteur s'estompe.

Aujourd'hui, c'est quotidiennement qu'un internaute *digital native*¹²¹ de la nouvelle génération télécharge (de manière ascendante) des contenus *online*, ou réalise des remix avec du contenu déjà présent sur le net, bref devient, selon une expression peu classique, un véritable 'producteur de contenu', si bien qu'on emploie en Allemagne, le néologisme de « *Prosument* », une juxtaposition des termes de « *Pro-duzent* » (producteur) et de « *Konsument* » (consommateur). La distinction entre un auteur, producteur de contenu, et un utilisateur-consommateur est délicate et s'estompe. *Wikipedia*, *Flickr* et *Youtube*, tout comme un bon nombre d'autres « Forum » *online*, permettent à leurs utilisateurs d'endosser à la fois le rôle de producteurs de contenu et de consommateurs, en ce que les contenus sont créés suivant un procédé participatif, avec justement la participation des autres utilisateurs¹²².

Reste bien-sûr à déterminer si ces contenus sont protégeables par le droit d'auteur. Toujours est-il que, dans un monde numérique, la transmission, le partage et la production de contenus constitue une évidence. Les nouvelles formes d'utilisation des œuvres doivent donc être envisagées de manière positive comme une chance à saisir. En effet, la multipolarité¹²³ des acteurs entraîne une véritable interactivité de ceux-ci et constitue une source de richesse et de diversité culturelle. Bien que tout ceci n'entraîne pas un bouleversement du droit d'auteur, la pertinence de certaines dispositions du droit d'auteur actuel doit néanmoins faire l'objet d'une analyse plus poussée.

L'environnement numérique, de part sa dématérialisation permettant l'existence d'un format numérique unique entraînant non seulement une convergence des médias mais aussi une interactivité plus forte, tout comme la montée en puissance de nouveaux acteurs remet-elle en cause la structure traditionnelle des droits et leur définition ? La distinction corporelle et incorporelle de la structure traditionnelle des droits est-elle devenue inadaptée à l'environnement numérique ? Faut-il redéfinir les contours et le contenu de la notion d'exploitation ?

6. Exemples concrets

Plusieurs exemples, présentés ici de manière simplifiée et repris plus tard sous une forme plus nuancée et complexe, permettent de comprendre les problèmes liés à la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre dans un monde numérique, et attire l'attention sur les divergences de qualification en France et en Allemagne.

Premier exemple

Le premier exemple attire l'attention sur le fait qu'un même acte d'utilisation d'une œuvre peut être qualifié de manière différente en France et en Allemagne. Comment définir juridiquement le téléchargement ascendant d'une œuvre ? On verra que l'Allemagne retient une méthode d'application des droits plus proche de la technique. Le téléchargement

¹²¹ M. HAEDICKE, *Digital Natives und Digital Immigrants*, in : *Patente und Piraten, Geistiges Eigentum in der Krise*, C.H. Beck München 2011, p. 8-9.

¹²² M. HAEDICKE, *Vom Konsumenten zum Prosumenten*, in : *Patente und Piraten, Geistiges Eigentum in der Krise*, C.H. Beck München 2011, p. 44.

¹²³ Terminologie employée par SPINDLER, in : *Provider – Weder Rechteinhaber noch Nutzer*, in : Dreier/Hilty, (Hrsg), *Vom Magnettonband zu Social Media*, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), C.H. Beck., 2015, p. 399-420.

ascendant (*upload*) est alors qualifié de reproduction, dans le sens d'une fixation, tandis qu'en France, on ne cherchera pas à qualifier juridiquement le téléchargement ascendant, mais plutôt la mise en ligne d'une œuvre, dans son ensemble. Adoptant une approche plus globale, plus fonctionnelle, la mise en ligne d'une œuvre, une notion englobant souvent le *upload* sera alors qualifiée en France de représentation. Un même acte d'utilisation d'une œuvre va donc être qualifié différemment dans les deux pays en raison non seulement de divergence quant à la détermination de l'étendue d'un acte d'utilisation d'une œuvre protégée, mais également en raison d'une structure et d'une définition différente des droits. La structure des droits d'exploitation et leur définition semblent influencer l'application des droits.

Deuxième exemple

Le deuxième exemple met l'accent sur les difficultés communes en France et en Allemagne, liées à la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre dans un environnement numérique : il s'agit de la qualification juridique de la diffusion en streaming, sur demande, décalée dans le temps (*Streaming on demand, shifted in time*). En France et en Allemagne, la qualification juridique peut s'effectuer à partir d'un point d'ancrage différent. Soit la qualification juridique de cet acte d'utilisation d'une œuvre est recherchée du point de vue du « diffuseur », soit du point de vue du « récepteur », voire du point de vue des intermédiaires. La thèse apportera une analyse détaillée des différentes qualifications juridiques possibles. De manière simplifiée, le problème de qualification juridique de l'acte en question se présente ainsi : Du point de vue du « diffuseur », et puisqu'une analogie est possible avec une télédiffusion dans un monde analogique, seule l'émission nécessite l'accord du titulaire de droit, la réception étant libre. L'émission en streaming s'analysera alors comme une communication au public nécessitant l'accord de l'ayant droit...dont le contrôle par les juridictions française et allemande est généralement rendu très difficile, puisque le diffuseur de contenu illicite ne se trouvera généralement pas sur le territoire français ou allemand. L'*internet* ne connaissant pas de limite géographique, la loi française ou allemande ne sera généralement applicable que si le point de rattachement de la qualification juridique est l'utilisateur internaute. Peut-on encore considérer l'utilisateur/internaute comme un récepteur ? La question est controversée. Imaginons que le point de rattachement pour qualifier un acte juridique de *streaming* soit l'utilisateur/internaute. Dans ce cas, il faut rechercher si l'utilisateur porte atteinte au droit de reproduction. Encore faut-il s'assurer que les petits paquets « de données » transférées ne font pas obstacle à la qualification de l'acte comme un acte de reproduction, voire un acte relevant de l'exception de reproduction provisoire. De manière plus radicale, l'utilisateur de l'œuvre peut-être considéré comme un simple consommateur passif, ne faisant que jouir, sans porter atteinte à un droit de reproduction. La qualification juridique du *streaming* et, on le verra aussi, de la pose d'un hyperlien, induit la question de l'étendue d'un droit d'exploitation. Comment distinguer l'exploitation d'une œuvre, de sa simple jouissance, de son accès ?

Troisième exemple

Le troisième exemple met l'accent sur le fait qu'un même modèle d'affaires lié à l'utilisation d'œuvres protégées dans un environnement numérique peut faire l'objet d'une qualification juridique totalement différente en France et en Allemagne, influençant par là-même concrètement le développement, l'utilisation et la commercialisation de ces modèles d'affaires. Le modèle d'affaires de *Wizzgo* en France ou *Shift TV* en Allemagne, reposant sur les mêmes données techniques, à savoir l'enregistrement d'émissions protégées par le biais d'un magnétoscope numérique en ligne personnel, ne nécessite pas l'autorisation des ayants droits

en Allemagne. Au contraire, ce modèle d'affaires n'est admis en France qu'avec l'autorisation des ayants-droits. Si tel n'est pas le cas, il porte atteinte au droit d'auteur et il y a contrefaçon.

Le modèle d'affaires recourant à la technique d'un magnétoscope numérique en ligne personnel souligne aussi la difficulté grandissante à distinguer l'utilisation d'une œuvre à caractère public de l'utilisation d'une œuvre à caractère privé¹²⁴. Comment caractériser le caractère public de l'utilisation d'une œuvre ? Dans le cas d'espèce d'un magnétoscope numérique en ligne personnalisé, il n'est pas controversé que les œuvres soient bien stockées sur des plateformes individuelles. Toute la question est de savoir, qui de l'utilisateur ou du « prestataire de service » a stocké les œuvres sur les plateformes. Dans le cas où l'internaute utilisateur a stocké les œuvres, alors l'acte d'utilisation ne relève pas du monopole exclusif d'exploitation, mais constitue à tout le moins une utilisation de caractère privé, pouvant éventuellement relever de l'exception de copie privée. A considérer, au contraire, que les œuvres soient stockées par le prestataire de service, alors il y a atteinte au droit d'auteur. On verra qu'il est en fait techniquement très difficile, voire impossible, de déterminer qui de l'utilisateur ou du prestataire de service a stocké les œuvres sur les plateformes individuelles. Une approche plus globale de l'acte d'utilisation en cause permet néanmoins d'émettre l'hypothèse selon laquelle le but poursuivi par la *start up* est bien de communiquer les émissions « captées »... à un public entraînant par là-même des actes d'utilisation des œuvres de caractère public. De toute évidence, ces modèles d'affaires tentent de contourner le droit d'auteur en détournant l'application de l'exception de copie privée comme c'est le cas aussi pour des services de stockage de données privées dans le nuage (*cloud*).

Quatrième exemple

Le quatrième exemple met en avant le fait que la qualification juridique d'un même acte d'utilisation d'une œuvre ne fait pas obstacle à la mise en avant, par les juridictions françaises et allemandes, d'arguments reposant sur des fondements totalement différents. Dans les deux pays, les tribunaux ont en effet été confrontés à la qualification juridique des opérations de référencement d'images par *Google*. Le service *Google Images* permettait aux internautes, par la saisie de mots-clefs, d'afficher sous forme de vignettes des séries d'images en rapport avec leur recherche, visibles en format réduit seulement à l'époque, et dont chacune pouvait être isolée, pour en faciliter la lisibilité et l'agrandir. Bien que les juridictions françaises et allemandes aboutissent à un résultat similaire, à savoir, l'approbation d'un tel modèle d'affaires ne nécessitant pas explicitement l'accord du titulaire des droits sur les images, et alors même que les juridictions françaises et allemandes sont confrontées aux mêmes questions de qualification de ce service, la France et l'Allemagne abordent une argumentation juridique totalement différente. Ainsi, en France, on recherche d'abord, si *Google* peut se prévaloir de la qualité d'hébergeur et donc de la limitation de responsabilité prévue par la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN). En Allemagne, on adoptera une toute autre méthode de travail, puisqu'on commencera par rechercher une éventuelle atteinte aux droits exclusifs d'exploitation d'auteur. Cette différence d'approche traduit la difficulté à départager le champ d'application de la directive E-Commerce et de la directive *InfoSoc*, faisant ainsi écho au débat très actuel mené en ce moment même au sein du CSPLA sur l'articulation des deux directives¹²⁵.

¹²⁴ Voir à ce sujet, A. KOOF, *Senderecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Zeitalter der Konvergenz der Medien*, Mohr Siebeck 2015. p. 245-247.

¹²⁵ P. SIRINELLI, J.-A. BENAZERAF, A. BENSAMOUN, *Mission articulation des directives 2000/31 et 2001/29, Rapport et propositions, du 3 novembre 2015, tout comme les commentaires des organismes professionnels, membres du CSPLA sur le rapport relatif à l'articulation des directives 2000/31 et 2001/29*, publié en décembre 2015.

7. Hypothèses et questions de recherche

Ces exemples concrets de difficulté de qualification d'utilisation des œuvres dans un monde numérique, permettent de mettre en avant les défis communs auxquels sont confrontés les droits allemand et français, tout comme les divergences d'approche des deux pays apportant une réponse différente à un problème donné.

D'une part, en effet, les qualifications juridiques de mêmes actes d'utilisation d'une œuvre sont partiellement différentes ou font l'objet d'approches différentes en France et en Allemagne. Comment expliquer ces différences, aboutissant parfois aussi à des résultats concrets différents, ayant des conséquences directes sur le développement de certains modèles d'affaires ? Les différences de statut juridique liées à un même modèle d'affaires entre l'Allemagne et la France nuisent à la réalisation du développement d'un marché européen unique des services et des biens culturels. Comme le souligne aussi une déclaration franco-allemande, le droit d'auteur doit pleinement jouer son rôle pour stimuler « la diversité culturelle, la créativité et l'innovation » et continuer à remplir cette mission dans la société de l'information numérique et de la connaissance et achever ainsi « le marché unique numérique »¹²⁶.

D'autre part, en raison de la dématérialisation et de l'interactivité accrue qui en résulte, l'Allemagne et la France sont deux pays confrontés à des problèmes similaires de qualification juridique des actes d'utilisation des œuvres. Harmonisé pour partie seulement, le droit d'auteur est confronté à une crise de légitimité notamment due à une inadaptation de la structure et de la définition des droits d'exploitation à l'environnement numérique.

Trois questions de recherche s'imposent :

Premièrement, dans quelle mesure, la définition et la structure des droits (analytique ou synthétique) influence-t-elle la qualification juridique de l'utilisation d'une œuvre dans un environnement numérique ? La définition des droits englobe-t-elle la simple jouissance réceptive d'une œuvre ou de simples actes d'utilisation technique ?

Deuxièmement, la *CJUE* apporte-t-elle des réponses à la difficile qualification juridique des actes d'utilisation des œuvres dans un environnement numérique ? Dans quelle mesure, les juridictions allemandes et françaises réceptionnent-elles l'argumentation de la *CJUE* ?

Troisièmement, au vu du développement de nouveaux modèles d'affaires, quelles sont les réponses légales possibles sur le plan national, en France, en Allemagne et sur le plan européen, dans le cadre d'une révision de la directive 2001/29/CE ? Faut-il envisager une nouvelle structure et une nouvelle définition des droits exclusifs d'exploitation ? Comment améliorer l'*acquis communautaire* ou européen ?

¹²⁶ Droit d'auteur, Déclaration commune franco-allemande signée à Berlin le 31 mars 2015 par le ministère de la culture et de la communication et par le *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*.

8. But du travail

In fine, ce travail tente de proposer de manière prospective des suggestions au sujet de la structure et de la définition des droits d'exploitation, dans le but d'achever et de contribuer à une harmonisation renforcée du droit d'auteur à l'échelle européenne, en tenant particulièrement compte du droit français et allemand.

9. Plan de thèse

Avant d'analyser dans la deuxième partie de la thèse, si la structure traditionnelle des droits prenant la forme d'une *summa divisio* et développée dans un monde analogique est adaptée aux nouvelles utilisations des œuvres dans un monde numérique, et avant de redéfinir les critères permettant de caractériser une exploitation, la première partie de thèse s'efforce de clarifier la définition des droits d'exploitation en recourant à une analyse trois fois comparative, en droit français, allemand et de l'Union européenne. En effet, une même terminologie employée au niveau européen et national peut traduire des concepts différents. De plus, une analyse détaillée des nombreux arrêts de la *CJUE* permet une approche systématique du nouveau rôle de la *CJUE*, alors que sa contribution n'est généralement abordée que de manière ponctuelle.

Dans un souci de clarté, le choix a été fait, pour la *première partie* de la thèse, de présenter les droits en tenant compte de la *summa divisio* traditionnelle, *c'est-à-dire* en distinguant d'une part, les droits d'exploitation sous forme incorporelle (droit de représentation, droit de communication au public) et d'autre part, les droits d'exploitation sous forme corporelle (droit de reproduction, droit de distribution).

La *deuxième partie* de la thèse, plus prospective, apprécie la structure des droits tout comme la définition traditionnelle de ces derniers et ouvre la discussion sur une possible redéfinition de la structure des droits, tout en tentant de redéfinir les contours de l'exploitation d'une œuvre au sens du droit d'auteur au regard des nouvelles utilisations possibles dans un monde numérique.

Chapitre préliminaire

Section 1- Terminologie générale

Comment définir un droit d'exploitation ? Cette terminologie n'est pas employée au chapitre II de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (directive *InfoSoc*) relatif aux « droits et exceptions ». Le législateur européen ne fait référence à l'*exploitation* que dans le cadre du *triple test* puisque l'article 5. 5 de la directive *InfoSoc* prévoit entre autres, que certaines exceptions nommées ne doivent pas porter atteinte à l'*exploitation* normale de l'œuvre. Cette directive n'apporte pas de précision quant à la définition d'une telle exploitation d'une œuvre. En France, l'article L.122-1 du *CPI* dispose que « le droit d'exploitation¹²⁷, appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation [ou l'exploitation sous forme incorporelle] et le droit de reproduction [ou l'exploitation sous forme corporelle] ». En droit d'auteur allemand, cette distinction est prise en considération à l'article 15 UrhG, puisque l'article 15 (1) dispose que l'auteur a le droit exclusif d'exploiter son œuvre sous forme corporelle (*in körperlicher Form*) et que l'alinéa (2) de ce même article reconnaît à l'auteur le droit exclusif de communiquer au public son œuvre sous forme incorporelle (*in unkörperlicher Form*)¹²⁸. Les droits d'exploitation¹²⁹ sont à distinguer des droits patrimoniaux¹³⁰.

§ 1- Droits patrimoniaux

Comment définir les droits patrimoniaux ? L'article L.111-1 *CPI* évoque « un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous » qui « comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial ». Les droits patrimoniaux, par opposition aux attributs d'ordre intellectuel et moral, semblent pouvoir s'analyser comme des prérogatives économiques. A première vue, les droits patrimoniaux sont donc des « droits subjectifs¹³¹ ayant une valeur appréciable en argent »¹³². On peut donc parler de « droits patrimoniaux » dès lors qu'il y a une source de revenu économique pour l'auteur. Le commentaire du *CPI* prévoit que « pour l'essentiel, les prérogatives pécuniaires sont constituées de droits exclusifs [...] regroupés dans ce que l'on appelle le monopole d'exploitation ». Puis il est précisé qu'à « côté de ce monopole existent de simples droits à rémunération »¹³³. On en déduit que les droits patrimoniaux englobent à la fois les droits à caractère exclusif constituant le monopole d'exploitation, et les simples droits à rémunération. Par conséquent, il existe bien des droits patrimoniaux de caractère non exclusif, présentant au pire un risque, au mieux une alternative au droit exclusif d'exploitation.

¹²⁷ Le code de la propriété intellectuelle emploie cette terminologie au singulier.

¹²⁸ Pour un commentaire approfondi de ce paragraphe, voir entre autres : J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A. § 15, n° 41-56.

¹²⁹ En allemand : « *Verwertungsrechte* ».

¹³⁰ Traduction littérale en allemand : « *Vermögensrechte* ».

¹³¹ Du lat. *subjectivus* (de *subjectare*, mettre sous) ; qui se rapporte au sujet, prérogative individuelle qui existe sur la tête d'une personne, titulaire du droit, par opposition à droit objectif, G. CORNU.

¹³² B. PETIT, *Introduction générale au droit*, Grenoble 2015, Rd. 138.

¹³³ *CPI, Commentaire, chap II, Droits patrimoniaux*, p. 143, éd. 2016.

§ 2- Droits à rémunération

Peut-on considérer que deux conceptions du droit d'auteur s'affrontent, dès lors que les droits à rémunération¹³⁴ semblent pouvoir être opposés au monopole d'exploitation ?

« Loin de maîtriser tous les maillons de la chaîne d'exploitation de ses œuvres, l'auteur se voit imposer un certain nombre de contraintes liées à la gestion de l'utilisation en masse des œuvres »¹³⁵. Ainsi, le *CPI* tout comme la loi allemande sur le droit d'auteur prévoient un certain nombre de licences légales¹³⁶ comme celle relative à la copie privée, par exemple lorsqu'elle est assortie d'une « rémunération ». Cette rémunération est généralement prélevée par une société de gestion collective auprès des utilisateurs sans que l'auteur n'ait à autoriser l'exploitation¹³⁷.

Le droit à rémunération ne prend pas toujours la forme d'une « compensation » dont le but est de « compenser » une limitation ou une exception au droit exclusif d'exploitation. Comme le soulignent les commentaires du *CPI*, par exemple, le droit de suite prévu à l'article L. 122-8 *CPI* ou à l'article 26 *UrhG* « permet seulement au créateur de percevoir un pourcentage sur le prix de revente de son œuvre »¹³⁸. Outre le fait que le droit de suite a pour objet le support matériel de l'œuvre¹³⁹, ce droit est donc source de profits pécuniaires, ce qui justifie sa qualification de droit patrimonial. Cependant, le créateur ne dispose pas des mêmes pouvoirs que dans le cadre d'un droit exclusif. Par exemple, il ne peut ni s'opposer à la revente du support de l'œuvre ni fixer lui-même le pourcentage du prix qui lui reviendra. Par contre, le monopole d'exploitation permet au titulaire des droits de « décider » du principe de la communication de l'œuvre au public tout comme des modalités et des conditions de cette dernière, notamment celles ayant trait à la rémunération. Par conséquent le monopole d'exploitation se distingue des droits à rémunération en ce qu'il accorde au titulaire, un contrôle de l'œuvre. L'art. 11 *UrhG*¹⁴⁰ évoque bien les deux aspects du droit d'auteur allemand, qui reconnaît d'une part, le contrôle par l'auteur de l'exploitation d'une œuvre, et d'autre part, une rémunération équitable pour l'exploitation de cette œuvre. En droit allemand cependant, le principe de participation¹⁴¹ met l'accent sur le fait que l'auteur doit être associé de manière équitable aux fruits pouvant être tirés de son œuvre¹⁴². L'élément

¹³⁴ En allemand : « *Vergütungsanspruch* ».

¹³⁵ A. ROBIN : J-CL. Fasc. 1240 : Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation (*CPI*, art. L.122-1 à L.122-9), n° 20 (droit exclusif ou droit à rémunération).

¹³⁶ Voir notamment J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A, § 15 n° 4 ; SCHULZE, in : Dreier/Schulze/Specht, 5. A, § 15 n° 15.

¹³⁷ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A, § 15 n° 4.

¹³⁸ *CPI*, *Commentaire de l'article L 122-8*, p. 194, éd. 2016.

¹³⁹ A. ROBIN : J-CL. Fasc. 1240 : Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation (*CPI*, art. L.122-1 à L.122-9), n° 25 (droit de suite).

¹⁴⁰ Le § 11 *UrhG* dispose : « Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes ».

¹⁴¹ En allemand : « *Beteiligungsgrundsatz* ».

¹⁴² *BGHZ* 17, 266, 282 – *Grundig-Reporter* « Leitgedanke des Urheberrechts [ist], dass der Urheber tunlichst angemessen an den wirtschaftlichen Früchten zu beteiligen sei, die aus seinem Werk gezogen werden ».

permettant de distinguer un droit à rémunération d'un monopole d'exploitation réside peut-être dans le caractère exclusif des droits d'exploitation¹⁴³.

§ 3- Droit exclusif

Le monopole d'exploitation confère donc un droit exclusif (en allemand, *Ausschließlichkeitsrecht*) aux titulaires de droits. L'article L.123-1 *CPI* reconnaît à l'auteur le « droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire ». Aucune définition légale d'un droit exclusif n'est cependant présente dans les textes internationaux et européens, ni dans le code français de la propriété intellectuelle ni dans la loi sur le droit d'auteur allemand. La définition courante du terme « exclusif » fait référence à la « force d'exclure », ou « exclut de tout partage »¹⁴⁴. Le rapport d'exclusivité « confère à la personne le pouvoir d'exclure les autres dans la relation qu'elle a sur son bien »¹⁴⁵ par exemple. D'un point de vue terminologique, le droit exclusif appartient donc *exclusivement* au titulaire de droit. Deux aspects caractérisent l'exclusivité : la plénitude du droit exclusif et son opposabilité. M. von Ungern-Sternberg¹⁴⁶ tout comme Mme Larère¹⁴⁷ soulignent de grandes similitudes entre le caractère « absolu » et le caractère « exclusif » d'un droit. En effet, l'une et l'autre de ces qualités signifient que l'ensemble des prérogatives attachées au droit doit être l'apanage d'un seul titulaire. Mme Larère fait alors un parallèle avec l'absolutisme du droit de propriété au sens du droit civil qui illustre le rejet de la division féodale¹⁴⁸. Par sa démonstration, Mme Larère met en avant le caractère individuel et absolu du droit exclusif, opposable à tous. L'opposabilité du droit exclusif emporte trois conséquences. Premièrement, le droit exclusif garantit l'existence de ce droit à l'égard des tiers¹⁴⁹. Deuxièmement, l'exercice par un tiers de l'une des prérogatives de ce droit sans autorisation du titulaire est constitutif d'une atteinte et génère troisièmement le droit d'interdire¹⁵⁰, *c'est-à-dire* de manière corrélative, le droit d'autoriser¹⁵¹ l'exercice des prérogatives concernées¹⁵².

¹⁴³ Comme le souligne néanmoins B. LARERE : « d'un point de vue terminologique, le droit exclusif n'est pas en soi incompatible avec des droits de faible envergure, comme par exemple le droit à rémunération ».

¹⁴⁴ Définition du « petit Robert », dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française, par Paul Robert, société du nouveau littré.

¹⁴⁵ A. ROBIN, J-CL. Fasc. 1240 : Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation (*CPI*, art. L.122-1 à L.122-9), n° 26 et s. (droit exclusif)

¹⁴⁶ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A, § 15 n° 1.

¹⁴⁷ B. LARERE, *Le caractère exclusif des droits patrimoniaux en droit d'auteur et droits voisins*, 2006 (version non publiée), p. 14.

¹⁴⁸ B. LARERE, *Le caractère exclusif des droits patrimoniaux en droit d'auteur et droits voisins*, 2006 (version non publiée), p. 16 et s. Sur cette idée, voir aussi F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil*, Les Biens, Dalloz, 6^e éd. 2002, n°141, p. 129.

¹⁴⁹ F. POLLAUD-DULIAN, n° 693, et n° 911 et s.

¹⁵⁰ Traduction en allemand : « *negatives Verbotungsrecht* » ou « *negatives Verbotrecht* ». Peut-être aurait-il mieux valu simplement utiliser la terminologie de « *Verbotrecht* » plutôt que de rajouter une négation superflue.

¹⁵¹ Traduction en allemand : « *positives Benutzungsrecht* ».

¹⁵² Voir à ce sujet notamment G. SCHULZE, in : Dreier/Schulze/Specht, 5. A, § 15 n° 5; J. von UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A, § 15 n° 1.

§ 4- Monopole d'exploitation

Aux termes de « droit exclusif patrimoniaux », la doctrine française substitue souvent celui de « monopole d'exploitation »¹⁵³. Alors que le terme de « droit exclusif » est présent dans le code de la propriété littéraire et artistique (mais pas dans la loi allemande) sans qu'aucune définition ne soit donnée, le terme de « monopole d'exploitation » n'apparaît nullement dans le code. Il semble que la terminologie de « monopole » soit empruntée au droit de la concurrence et fasse référence à une approche plus économique du droit d'auteur, *a priori* antagoniste de la conception française de droit d'auteur. Historiquement, on peut souligner que l'on parlait plutôt du monopole d'exploitation des librairies, et non d'un monopole d'exploitation de l'auteur sur son œuvre. C'est donc la dimension économique du droit d'auteur qui semble être prise en compte avec l'emploi de la terminologie de « monopole d'exploitation ». Le rapprochement avec une justification utilitariste¹⁵⁴ du droit d'auteur accordant de l'importance à l'utilité du droit d'auteur pour l'intérêt général est évident. Schématiquement, on oppose cette justification relativement hétérodoxe¹⁵⁵ dans la doctrine française, à une conception personnaliste du droit d'auteur, qui voit dans ce dernier un droit de propriété d'origine, *jus naturalis*¹⁵⁶. De *lege ferenda*, la prise en compte d'un critère économique en vue de qualifier un acte d'exploitation se posera nécessairement.

Dans le sens courant, le monopole se caractérise par l'exclusion de la concurrence sur un marché délimité en permettant à son titulaire de s'opposer à l'apparition de produits concurrents du sien¹⁵⁷. Par rapport à la notion d'exclusivité, la définition du monopole apporte deux éléments supplémentaires, à savoir d'une part la référence au marché et, d'autre part, l'exclusion de la concurrence sur le marché. Par conséquent, le monopole en propriété intellectuelle s'inspire de la définition du monopole au sens courant, à la différence que ces monopoles portent sur des œuvres dont le caractère est insubstituable, ce qui interdit de les traiter comme de banals « biens » économiques. Par conséquent, on préférera la terminologie de droits exclusifs d'exploitation à la terminologie de monopole d'exploitation.

§ 5- Droits d'exploitation et exceptions/limitations

Néanmoins, le titre de la thèse emploie bien la terminologie de « droits d'exploitation », et non celle de « droits exclusifs d'exploitation ». La différence tient simplement au fait que les droits d'exploitation englobent également les exceptions et limitations¹⁵⁸ aux droits exclusifs. Comme le rappelle l'article L.122-1 *CPI*, « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction », tout comme les exceptions

¹⁵³ Voir par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, n° 936.

¹⁵⁴ John Stuart MILL, *The Complete Text of John Stuart Mill's Utilitarianism*, in : Henry West (éd.), Blackwell Guide to Mills Utilitarianism, Oxford 2006, S. 61-114.

¹⁵⁵ F. SIIRIAINEN, *Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique*, in : Mélanges Lucas, p. 673 s. (674).

¹⁵⁶ John LOCKE, *Deuxième traité du gouvernement civil* publié en 1690. Pour Locke, « la propriété est un droit naturel qui tire sa légitimité du travail ». Propos repris par M. Parmentier, *Le vocabulaire de Locke*, éditions Ellipses, Paris 2001.

¹⁵⁷ Définition du « petit Robert », dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française, par Paul Robert, société du nouveau Littré.

¹⁵⁸ Le terme « exception » est utilisé en France et le terme « limitation » en Allemagne. Selon M. Geiger, ils « suggèrent deux conceptions différentes des limites du droit d'auteur », voir Ch. GEIER, *Synthèse, Thèses dégagées, Les exceptions/limitations au droit d'auteur*, in : Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, rencontres franco-allemandes, Springer/IRPI, 2007, p. 349 s.

associées. Les exceptions, lorsqu'elles sont considérées comme de véritables exceptions au droit exclusif, sont des actes d'utilisation des œuvres relevant en amont du champ d'application du droit exclusif d'exploitation, mais exceptionnellement soumises au régime des exceptions. D'autres exceptions ou limites ne relèvent pas du champ d'application du droit d'auteur, mais délimitent plutôt les contours du droit exclusif d'exploitation.

§ 6- Contenu des droits d'exploitation

Les droits d'exploitation ont pour objet l'exploitation des œuvres sous une forme modifiée ou non¹⁵⁹. L'adaptation¹⁶⁰, c'est-à-dire lorsque les « caractéristiques essentielles » d'une œuvre originale sont reprises, nécessite l'autorisation du titulaire originaire des droits, mais accorde parallèlement un nouveau « droit » à l'auteur de cette transformation (*Bearbeitungsrecht*, art. 23 UrhG), dès lors que le résultat de cette transformation est une œuvre protégeable. Bien que ce droit ne soit pas explicitement nommé dans la liste énumérative et non exhaustive de l'article 15 UrhG, ce droit a bien pour objet l'exploitation d'une « nouvelle œuvre ». En revanche, la libre utilisation¹⁶¹, art. 24 UrhG), bien que prévue dans la partie consacrée aux « droits d'exploitation » de la loi allemande, ne relève aucunement d'un droit d'exploitation octroyé à l'utilisateur de cette œuvre. En effet, dès lors qu'une œuvre ne sert que d'inspiration à la création d'une œuvre nouvelle, et que son originalité¹⁶² s'estompe¹⁶³, alors l'autorisation du titulaire de l'œuvre originaire n'est pas nécessaire. Par conséquent, la présence de cette disposition dans la loi allemande est superflue, et ne s'explique que par un souci pratique, permettant une distinction plus aisée de l'adaptation d'une œuvre, qui est parfois délicate¹⁶⁴. On peut souligner que les droits d'exploitation n'ont pas pour objet la simple « jouissance »¹⁶⁵ d'une œuvre, mais bien les actes d'exploitation rendant possible une telle « jouissance » d'une œuvre¹⁶⁶.

Les droits d'exploitations sont des droits exclusifs, mais les développements viennent de montrer qu'ils ne se limitent pas à un simple droit exclusif. En effet, le droit moral est un droit exclusif ne pouvant être considéré comme un droit d'exploitation. Quelle relation entretiennent le droit d'exploitation et le droit moral ?

§ 7- Dualisme des droits en France. Monisme en Allemagne

La relation entre le droit d'exploitation et le droit moral n'est pas la même en droit d'auteur français et allemand. Ceci s'explique par une conception dualiste en France et une conception moniste en Allemagne où on traite le droit d'auteur comme un tout indissociable, avec un droit moral irradiant l'ensemble de la protection légale, source de toutes les

¹⁵⁹ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A, § 15 n° 3.

¹⁶⁰ En allemand : *Bearbeitung*.

¹⁶¹ En allemand : *die freie Benutzung*.

¹⁶² En Allemagne, on parle d'individualité d'une œuvre.

¹⁶³ La jurisprudence utilise régulièrement la terminologie employée par Ulmer, selon laquelle, il y a une libre utilisation dès lors « qu'au vu de la singularité de la nouvelle œuvre, la singularité de l'œuvre ancienne s'estompe » (on utilise alors le verbe « *verblassen* »). Voir par exemple, *BGH GRUR* 1994, 191, 193 – Asterix-Persiflagen).

¹⁶⁴ Pour une approche plus détaillée voir notamment : SCHULZE, in : Dreier/Schulze/Specht, 5. A, § 24 et § 23.

¹⁶⁵ En allemand : *Werkgenuss*.

¹⁶⁶ Voir notamment, J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A, art. 15 n° 11.

prérogatives attribuées à l'auteur y compris celles qui sont patrimoniales¹⁶⁷. A l'inverse¹⁶⁸, selon la conception dualiste, le droit moral et les droits patrimoniaux (selon la terminologie employée généralement en France), connaissent deux régimes distincts qui leur confèrent des natures différentes. La métaphore présentée par M. Ulmer¹⁶⁹ permet d'illustrer le monisme : les droits d'exploitation et les droits moraux se présentent comme les racines de l'arbre dont le tronc unique constitue le droit d'auteur. Les prérogatives de l'auteur sont comparables aux branches qui naissent du tronc : elles tirent leur force tantôt des deux racines, tantôt d'une d'entre elles, tantôt de l'autre. C'est pourquoi, les droits d'exploitation en Allemagne ne sont pas de simples droits patrimoniaux, mais englobent une dimension patrimoniale et morale¹⁷⁰. En France, au contraire, on distingue plus clairement les deux prérogatives de l'auteur, puisque la loi du 11 mars 1957 reconnaissait à l'auteur « des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial »¹⁷¹. Au niveau européen, cette reconnaissance des deux principaux droits patrimoniaux du droit d'auteur figure également dans la décision « Magill »¹⁷² qui innove en y intégrant le droit moral, tout comme dans l'arrêt Phil Collins¹⁷³, alors que le droit moral n'est nullement harmonisé par la directive *InfoSoc*.

§ 8- Droit moral inaliénable en France. Inaliénabilité du droit d'auteur dans son ensemble en Allemagne

La différence de conception des droits entraîne logiquement des régimes distincts en France et en Allemagne. Le droit d'auteur français, ayant une nature dualiste, est constitué d'une part d'un droit moral qui est un droit de la personnalité et, d'autre part, d'un droit patrimonial qui est un droit de propriété incorporelle. Comme le souligne Mme Lucas-Schloetter, le droit moral permet « au créateur d'une œuvre de l'esprit, dont on considère qu'elle est une émanation de la personnalité, d'exercer un contrôle sur le destin de celle-ci, en décidant lui-même du moment et des conditions de sa divulgation, de la forme qu'elle doit prendre et des éventuelles modifications qui peuvent lui être apportées, de la mention du nom de l'auteur qui doit être apposée et en la retirant de la circulation s'il n'en est plus satisfait »¹⁷⁴. Pour simplifier, les droits moraux sont codifiés à l'article L. 121-1 et suiv. du *CPI* et donnent les quatre prérogatives accordées à l'auteur que sont le droit de divulgation, le droit à la paternité, le droit au respect, et le droit de repentir. En Allemagne, les droits moraux¹⁷⁵ sont prévus aux art. 12, art. 13, art. 14 *UrhG* et sont composés de trois prérogatives que sont le droit de divulgation (*Veröffentlichungsrecht*), le droit à la reconnaissance de la paternité¹⁷⁶, et

¹⁶⁷ V. STERIN, *Introduction au système juridique allemand* : IRPI, décembre 2014 (http://www.irpi.fr/upload/pdf/etudes_juri/04_IRPI_Introduction_au_systeme_juridique_allemand.pdf)

¹⁶⁸ *Contra* : sur le rapprochement entre monisme allemand et dualisme français, v. A. DIETZ, *Französischer Dualismus und deutscher Monismus im Urheberrecht – ein Scheingegensatz ?*, TH. DREIER, *FS Erdmann*, p. 63 suiv.

¹⁶⁹ E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. éd., Berlin, 1980, p. 116 ; M.-R. MCGUIRE, *Monismus – Ein Irrweg ?* in : Dreier/Hilty, (Hrsg), *Vom Mänettonband zu Social Media*, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (*UrhG*), C.H. Beck., 2015, C.H. Beck, p. 289 s.

¹⁷⁰ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A, art. 15 n° 2.

¹⁷¹ L. n°57-298, 11 mars 1957, sur la propriété littéraire et artistique : art. 1^{er}. Aujourd'hui, art. L.111-1 al.2 *CPI*.

¹⁷² Tribunal de première instance communautaire, 10 juillet 1991, aff. Jointes T-69/89, 70/89, Rec., p. II-485, attendu 71.

¹⁷³ CJCE, 20 octobre 1993, aff. Jointes 92/92 et 326/92, Rec. p.I-5145.

¹⁷⁴ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité, étude de droit comparé français et allemand*, P.U.A.M. Aix-en-Provence, 2002, p. 181.

¹⁷⁵ En allemand : *Urheberpersönlichkeitsrechte*.

¹⁷⁶ *Anerkennung der Urheberschaft*.

le droit à l'interdiction de la déformation de son œuvre (*Verbot der Entstellung des Werkes*). En France, seul le droit moral est inaliénable. L'article L.121-1 al.3 *CPI* dispose qu'il « est perpétuel, inaliénable et imprescriptible ». En Allemagne, ce n'est pas seulement le droit moral qui est inaliénable mais le droit d'auteur dans son ensemble. Ce principe est prévu à l'article 29 *UrhG*: « *Das Urheberrecht ist nicht übertragbar [...]* »¹⁷⁷.

§ 9- Concession d'un droit d'utilisation

Puisqu'il ne peut être question en droit d'auteur allemand de cessions du droit d'auteur, les contrats conclus par l'auteur pour l'exploitation de son œuvre ne peuvent donc avoir pour objet que « la concession »¹⁷⁸ d'un droit d'utilisation. Le droit allemand utilise la terminologie de « *Einräumung von Nutzungsrechten* » faisant référence à une démarche *constitutive* à différencier d'une démarche plus *translative* qui consiste à céder les droits d'utilisation¹⁷⁹.

§ 10- Traduction de « Nutzungsrechte »

La traduction de « Nutzungsrechte » pose problème en droit d'auteur français. Littéralement, on peut traduire les « Nutzungsrechte » comme des *droits d'utilisation*. Or la terminologie de « droit d'utilisation » est très rarement utilisée en droit français. Comme le souligne Mme Colin, dans les premières pages de sa thèse, « la notion d'utilisation semble être, a priori, une figure inconnue du droit d'auteur » en France, alors même que plusieurs textes normatifs évoquent cette notion d'utilisation¹⁸⁰. Tantôt envisagée sous l'angle de l'auteur, tantôt sous l'angle du public, sa signification est a priori polysémique. De plus, le « droit » dont l'utilisation pourrait être l'objet n'est pas toujours un droit subjectif. La notion de « droit » est un polysème juridique par excellence puisqu'il revêt plusieurs sens distincts¹⁸¹. L'association des concepts de « droit » et « d'utilisation » donne lieu à plusieurs significations. Sous la perspective du droit d'auteur, le droit d'utilisation peut faire référence, dans un sens global, au monopole d'exploitation. Les utilisateurs eux, ont tendance à réclamer en leur faveur un « droit d'utilisation » sur les œuvres. Souvent, le droit d'utilisation d'une œuvre est analysé en tenant compte du diptyque auteur/public. Un droit d'utilisation est mis en jeu dès lors que le titulaire du droit s'intéresse à l'œuvre et souhaite jouir de cette œuvre. On peut néanmoins considérer que les notions de droit d'utilisation et de droit d'exploitation sont synonymes, si ce n'est que l'exploitation exprime vraisemblablement plus l'idée de tirer parti ou de tirer profit de quelque chose. Le titulaire d'un droit d'exploitation d'une œuvre ne cherche pas forcément à jouir de l'œuvre, mais réalise tout de même un acte relevant du droit d'auteur. La terminologie du droit d'exploitation permet de prendre en compte d'autres acteurs, dont l'importance ne cesse de croître dans un monde numérique, à savoir les intermédiaires que sont par exemple les fournisseurs d'accès, les moteurs de recherche. Ces intermédiaires ne cherchent pas à jouir de l'œuvre, mais à tirer profit de l'intérêt que suscite cette œuvre chez le public. La traduction privilégiée de « Nutzungsrechte » fait donc référence aux droits d'exploitation plutôt qu'à la traduction littérale : droits d'utilisation.

¹⁷⁷ Traduction : « Le droit d'auteur est incessible [...] ».

¹⁷⁸ La terminologie employée par A. LUCAS-SCHLOETTER, in : *Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002* : PI, octobre 2005, revue n°17.

¹⁷⁹ En allemand : *Übertragung von Nutzungsrechten*.

¹⁸⁰ Voir par exemple, les considérants 10, 33, et 34 de la directive *InfoSoc*, art. L.122-5- 3^e *CPI*, art. L.122-5-6^e *CPI*, art. L.122-5-2 *CPI*, art. L. 121-6 *CPI*, ou art. L.131-4 *CPI*.

¹⁸¹ G. CORNU, voir « droit ».

Traduction choisie

Cette référence aux droits d'exploitation n'est pas réduite au sens économique du monopole d'exploitation, mais renvoie à la traduction littérale des « *Verwertungsrechte* » lesquels sont prévus à l'article 15 UrhG de la loi sur le droit d'auteur allemand. Et pourtant, la terminologie « droits d'exploitation » est préférée à celle de « droits patrimoniaux », employée en France comme *pendant des* « *Verwertungsrechte* ». En effet, la traduction littérale d'un droit patrimonial en Allemagne reviendrait à employer la terminologie de « *Vermögensrechte* ». Or, la loi sur le droit d'auteur allemand n'emploie pas à l'article 15 UrhG la terminologie de « *Vermögensrechte* » au sens des droits patrimoniaux français. Par ailleurs, la terminologie de droit d'exploitation est préférée à celle de droit d'utilisation dans le but d'éviter une confusion avec une simple utilisation d'une œuvre. L'utilisation d'une œuvre désigne un acte tout à fait neutre, ne relevant même pas forcément du droit d'auteur, mais pouvant aussi désigner un acte relevant d'un droit d'exploitation exclusif, ou d'une exception. La simple utilisation d'une œuvre est alors à distinguer d'un mode d'exploitation relevant du droit d'auteur, soit du droit exclusif, soit d'une exception. En droit allemand la simple utilisation peut se traduire par « *Werkgebrauch* » et non pas par « *Werknutzung* ».

Section 2- Terminologie technique

§ 1- Téléchargement (*uploading*) et mise en ligne :

Ce qui précisément caractérise le fonctionnement d'*internet* est le fait que les œuvres protégées par le droit d'auteur (*c'est-à-dire* les textes, les sons ou les images) soient mises à la disposition ou rendues disponible aux utilisateurs d'*internet*, ou auprès de certains cercles de personnes. L'auteur peut par exemple mettre en ligne ses propres textes, ses propres vidéos, ses propres images, voir sa propre musique. Analysons plus précisément le procédé technique du *uploading*, qui d'un point de vue terminologique déjà, semble recouvrir des acceptions différentes, et de la mise en ligne.

D'une part, le *upload* peut être compris dans un sens très strict¹⁸² comme constituant un téléchargement de manière ascendante. Dans ce cas, les données constituant l'œuvre sont téléchargées de manière ascendante depuis l'ordinateur de l'intervenant sur un serveur afin qu'elles puissent être à leur tour téléchargées par des tiers. Dans le cadre de ce procédé, une copie numérique est donc enregistrée sur le serveur¹⁸³. Au sens strict, le *upload* se distingue donc des autres actes émanant du fournisseur de contenu, comme par exemple la « mise en ligne ». La mise en ligne décrit alors plutôt un état particulier durant lequel l'œuvre peut être téléchargée de manière ascendante par des utilisateurs potentiels.

D'autre part, les contours du *upload* peuvent être très larges¹⁸⁴ incluant non seulement le *upload* au sens strict, mais aussi la mise en ligne, *c'est-à-dire* la mise à disposition d'une œuvre au public. Parfois, et cela particulièrement en France, c'est même la « mise en ligne » qui fait l'objet d'une approche globale et qui englobe le *upload*.

¹⁸² Point de vue de J. ENSTHALER.

¹⁸³ J. ENSTHALER, S. WEIDERT, *Handbuch Urheberrecht und internet*, Verlag Recht du Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main 2010, p. 163.

¹⁸⁴ Point de vue de M. SCHIPPAN.

§ 2- Le routing

Le routage est le mécanisme par lequel des routes sont sélectionnées dans un réseau, que ce soit un réseau téléphonique, ou un réseau de données électroniques comme *l'internet* pour acheminer les données d'un expéditeur jusqu'à un ou plusieurs destinataires. La performance de ce mécanisme est particulièrement importante dans les réseaux décentralisés, *c'est-à-dire* où l'information n'est pas distribuée par une seule source, mais échangée entre des agents indépendants¹⁸⁵. Le mécanisme est le suivant : lorsque deux machines connectées sur *l'internet* communiquent entre elles, les œuvres qu'elles échangent sont découpées par paquets et transitent par l'intermédiaire d'un nombre plus ou moins grand de relais appelés routeurs. Une copie du paquet qui est transmise est réalisée lors de chaque passage par un routeur¹⁸⁶. De surcroît, du fait de la transmission par paquets, chaque machine intermédiaire ne dispose que d'une partie des données constituant l'œuvre qui serait ainsi expédiée. Les différents paquets de données ne sont rassemblés qu'au niveau de l'ordinateur cible¹⁸⁷.

§ 3- Le caching

Le développement des nouvelles technologies étant fulgurant, différents types de cache peuvent être distingués, à savoir le *local caching*, le *proxy caching*, le *content caching*, ou le *cache de moteurs de recherche etc...* Deux types de caches sont particulièrement répandus, à savoir le *proxy caching* et le *local caching*¹⁸⁸, dont on va brièvement décrire le fonctionnement technique.

Le dénominateur commun au *proxy cache* et au *local cache*, est précisément la mémoire *cache*¹⁸⁹ (en français, « l'antémémoire ») permettant d'enregistrer des copies de données provenant d'une autre source de donnée, afin de diminuer le temps « d'accès » (en lecture ou en écriture) d'un matériel informatique (en général, un processeur)¹⁹⁰. Ces mécanismes « caches » peuvent être implémentés entre tous producteurs et consommateurs de données fonctionnant de façon asynchrone. C'est notamment le cas entre le processeur et la mémoire vive, mais aussi par exemple entre cette même mémoire et les réseaux informatiques et disques durs. Ce qui distingue le *proxy cache* du *local cache* est la localisation de ce « cache ».

¹⁸⁵ En fonction du nombre de destinataires et de la manière de délivrer le message, on distingue : le *unicast*, qui consiste à acheminer les données vers une seule destination déterminée, le *broadcast*, qui consiste à diffuser les données à toutes les machines, le *multicast*, qui consiste à délivrer le message à un ensemble de machines manifestant un intérêt pour un groupe, ou le *anycast*, qui consiste à délivrer les données à un seul membre d'un groupe, généralement le plus proche, au sens du réseau.

¹⁸⁶ N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, p. 132.

¹⁸⁷ M. WERNER in : J. Ensthaler/S. Weidert, *Handbuch Urheberrecht und internet*, p. 180.

¹⁸⁸ J. ENSTHALER/S. WEIDERT, *Handbuch Urheberrecht und internet*, p. 181 et s.

¹⁸⁹ On distingue la mémoire *cache* d'une mémoire *tampon*. La mémoire *cache* duplique l'information, tandis que le *tampon* exprime plutôt l'idée d'une salle d'attente, sans impliquer nécessairement une duplication.

¹⁹⁰ A.-L. STÉRIN, *Guide pratique du droit d'auteur ; Wikipedia, Droit de l'internet*.

A- La technique du « proxy cache ».

La technique dite du cache « proxy » permet aux *fournisseurs d'accès* de mettre en place des serveurs relais (ou de proximité = proxy) sur lesquels ils font des copies (*mirroring*)¹⁹¹ des sites et donc indirectement des œuvres les plus demandés et où ils stockent les sites et œuvres qui ont déjà été consultées. Lorsque cette même page est de nouveau demandée, c'est la copie qui apparaît sans qu'il soit besoin de passer par un réseau. Par conséquent, le « proxy cache » réduit le temps de connexion à des sites parfois situés à longue distance et évite d'encombrer les réseaux¹⁹².

B- La technique du « local cache ».

Le navigateur-*web* utilisé par un utilisateur internaute (tel par exemple, Netscape, Safari, Firefox ou *internet explorer*) permet la réalisation d'une copie et le stockage de chaque page *web* consultée au niveau du disque dur de l'ordinateur utilisé. Ce processus se nomme *local caching*. Ainsi, lorsqu'une page *web* est ultérieurement sollicitée à partir d'une même machine, c'est la copie du disque dur qui apparaît et ce, beaucoup plus rapidement que s'il avait fallu se connecter à nouveau¹⁹³. Le plus souvent d'ailleurs, l'utilisateur n'aura même pas conscience que l'œuvre qu'il parcourt constitue en fait une reproduction de l'œuvre, enregistrée sur le disque dur de son ordinateur. L'œuvre (ou plus précisément, la reproduction de l'œuvre) n'est donc nullement effacée lorsque l'utilisateur éteint son ordinateur. En cela, l'on peut donc considérer que le *local cache* utilise en fait la technique de transmission du *download*. Cette constatation est corroborée par le fait que l'utilisateur peut décider de conserver les données durant un temps indéterminé, voir illimité¹⁹⁴. Dans ce dernier cas, l'espace alloué sur le disque dur de l'ordinateur doit bien-sûr être très important. D'ailleurs, un utilisateur averti pourrait sans trop de problèmes en tirer des reproductions durables sur supports amovibles.

Généralement cependant (et c'est ce qui, d'un point de vue de la qualification juridique empêche une analogie plus rapprochée avec le *download*), on peut noter que l'utilisateur profane sera tenté de laisser la configuration par défaut de son navigateur ce qui entraîne dès le jour suivant, une suppression des données de manière automatique. Cela ne change rien au fait que la durée de stockage des données est parfaitement modulable, par l'utilisateur, si ce dernier le souhaite.

¹⁹¹ Il s'agit du *mirroring*, ou technique du « site miroir ». L'ensemble du site est alors reproduit sur le serveur relais. Voir A. LUCAS, *JCL, Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1248, 12 avril 2004 ; voir aussi M. WERNER, in : J. Ensthaler/S. Weidert, *Handbuch Urheberrecht und internet*, p.182.

¹⁹² M. WERNER in : J. Ensthaler/S. Weidert, *Handbuch Urheberrecht und internet*, p. 182; et aussi N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, p. 135.

¹⁹³ L. BODSON, *Droit d'auteur : le droit de reproduction provisoire dans la nouvelle législation européenne, la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, *Revue Ubiquité-Droit des technologies de l'information*, n°11/2002, p.59 ; voir aussi M. WERNER in : J. Ensthaler/S. Weidert, *Handbuch Urheberrecht und internet*, p. 182, n° 84.

¹⁹⁴ N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, p.141, n° 173.

§ 4- Le *browsing*

Le « *browsing* » ou *butinage*¹⁹⁵ est une technique qui implique la fixation des données dans l'ordinateur de l'internaute, en l'occurrence dans la mémoire « cache »¹⁹⁶. Le butinage consiste pour l'internaute à se déplacer sur le réseau de site en site, grâce à des logiciels appropriés utilisant les ressources de l'hypertexte et à visualiser sur son écran tout ou partie des œuvres rencontrées¹⁹⁷. Lors de cette opération, l'ordinateur récepteur confectionne une copie éphémère dans sa mémoire lors de chaque visualisation ou écoute d'une œuvre sur le réseau¹⁹⁸. La question se pose de savoir si le *browsing* peut juridiquement être qualifié de reproduction ou non.

§ 5- Exposition du procédé technique des services *push* :

Les technologies *push* sont caractérisées par le fait que le fournisseur transmette du contenu protégé à un utilisateur individuel sans que ce dernier, *a priori* n'intervienne. Parfois, l'internaute est néanmoins considéré comme actif, puisqu'il a par exemple choisi ou commandé un contenu. De plus, l'internaute doit se connecter *online* en vue de réceptionner un *newsletter* par exemple. L'internaute peut aussi faire parvenir un certain nombre de critères au fournisseur, à partir desquels ce dernier compile un contenu qu'il transmet à l'internaute utilisateur/consommateur. Communément, on admet que d'autres services *push* ne nécessitent pas une intervention directe de l'internaute : tel semble être le cas lors de la transmission d'e-mail de publicité. Bien que l'internaute n'ait pas commandé ce contenu, celui-ci semble pourtant actif, puisqu'il consulte ses mails.

Quelle est alors l'importance à accorder aux actes réalisés par l'utilisateur et aux actes réalisés par le fournisseur, en vue de qualifier juridiquement les actes d'utilisation d'une œuvre utilisant les technologies *push* ? A qui revient l'initiative de transmettre le contenu protégé ? L'opinion majoritaire semble accorder une plus grande importance au rôle du fournisseur¹⁹⁹. Néanmoins, on ne peut ignorer les actes de l'internaute, ce qui accentue les incertitudes liées à la qualification juridique des actes d'utilisation recourant aux services *push*. Ces incertitudes sont d'autant plus gênantes que les programmes dits « *instant-Messaging-Programm* », comme par exemple Skype ou Windows Messenger, utilisent eux-aussi les technologies *push*. La qualification juridique de l'utilisation des œuvres utilisant les services *push* a donc une importance pratique dépassant le simple cercle des juristes spécialisés.

¹⁹⁵ X. LINANT DE BELLEFONDS, *Les outils logistiques du net et la propriété intellectuelle*, préc., note 31, p. 151.

¹⁹⁶ Comme le souligne N. Craipeau: La mémoire „cache » utilisée pour le butinage peut passer par les mémoires RAM de l'ordinateur mais, en général, elle utilise une partie du disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur comme mémoire transitoire, c'est-à-dire qu'elle est vidée lorsque l'ordinateur est éteint ou réutilisée lors d'un nouveau visionnage des mêmes sites *web*.

¹⁹⁷ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, op.cit., p. 131.

¹⁹⁸ L. BODSON, *Droit d'auteur : le droit de reproduction provisoire dans la nouvelle législation européenne*, p. 58.

¹⁹⁹ Cf. G. / J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrecht*, 3. Auflage, 2006, art.20 UrhG, Rn.47; DREIER/SCHULZE 2004, art. 20 UrhG, Rn.16.

§ 6- Notion de *streaming* :

Le terme anglais « *streaming* » dérive du mot « *stream* » que l'on peut traduire littéralement par un « courant », « un flux », « un flot ». Dans la langue française, plusieurs terminologies ont été proposées afin de traduire la diffusion en streaming : « transfert de données en flux continu », « diffusion en mode continu », « lecture en continu ». La diffusion en streaming est avant tout une notion technique. Son innovation repose sur le fait que la lecture des données s'effectue en cours de téléchargement, dès que l'ordinateur recevant celle-ci a procédé à une première sauvegarde en mémoire temporaire. Ainsi, par opposition à la technique du téléchargement traditionnel, l'utilisateur accède aux données au fur et à mesure qu'elles sont téléchargées, sans que soit nécessaire le téléchargement préalable complet du fichier. Les données sont téléchargées en *continu* dans la mémoire vive (*RAM*) et sont analysées à la volée par l'ordinateur ou le *smartphone* puis rapidement transférées vers un écran ou un lecteur multimédia (pour affichage) puis remplacées par de nouvelles données. La consultation des contenus a donc lieu sans enregistrement *permanant* au niveau du disque dur. On parle alors d'une transmission en temps réel. Cette pratique n'est pas nouvelle²⁰⁰. Elle a été inventée en 1995 déjà, par la société *Real Networks*. Cependant, l'utilisation d'une telle technique s'est accrue et elle fait aujourd'hui l'objet de véritables modèles économiques.

Les applications du streaming sont nombreuses : la télédiffusion, la radiodiffusion sur *internet*, ainsi que la diffusion des œuvres musicales et audiovisuelles « à la demande ».

On distingue ainsi le *live streaming* et le *on-demand streaming*. Qu'est-ce qui différencie ces deux modes de transmission ?

A- *Live streaming*

Traduit de l'anglais, le *live streaming* est un transfert d'œuvres en temps réel. On peut noter que le signal vidéo en streaming de données est converti par un logiciel de codage. A partir du moment où la transmission d'images par le biais d'une *webcam* ne génère aucun flux, celle-ci ne constitue pas de *live streaming*.

De plus, le *live streaming* se caractérise par le fait que c'est bien le fournisseur qui envoie par *internet* ou par le biais d'autres réseaux un programme qui est défini par lui, aussi bien d'un point de vue temporel que du point de vue du contenu. C'est pourquoi, certains auteurs²⁰¹ partagent l'avis suivant lequel l'initiative de la transmission lors du streaming est uniquement due au fournisseur. Le public potentiel réceptionnant ces émissions est donc un public accessible au même moment bien que celui-ci ne soit pas présent dans un même lieu. Néanmoins, comme au niveau de la transmission de signaux télévisés, l'utilisateur est libre de la réception effective ou non de cette transmission.

Par conséquent on peut considérer que seul l'utilisateur initialise la transmission. Malgré tout, il est vrai que l'internaute-utilisateur ne dispose d'aucune influence sur le déroulement du programme proposé. Deux applications du *live streaming* sont particulièrement répandues:

²⁰⁰ Voir le rapport HADOPI.

²⁰¹ Cf. Ch. HANDIG : GRUR Int. 2007, 706 (707).

le *webcasting* et le *simulcasting*²⁰². Dans le cas du *webcasting*, la transmission de programme a lieu uniquement par le biais du *web*. La *webradio* est un exemple de *webcasting*. On parle de *simulcasting*, lorsque le streaming par le biais de la toile a lieu au même moment que la télédiffusion conventionnelle, par voix hertzienne, par câble, ou par satellite.

B- On-demand streaming

Comme le suggère la terminologie employée, la transmission numérique des œuvres « *on-demand* » s'effectue à la demande, *c'est-à-dire* à l'initiative généralement des « consommateurs-internautes ». Le *podcast* et le *on-demand streaming* constituent des exemples d'utilisation des œuvres utilisant la technique de transmission du *on-demand*. L'initiative de transmission de l'offre est prise par l'internaute et non le fournisseur. C'est bien l'internaute qui choisit son contenu *online* et qui décide du moment auquel l'œuvre va être transmise²⁰³ soit sur son ordinateur, soit sur d'autres appareils de lecture. Les sites www.youtube.com ou www.myvideo.de sont des exemples emblématiques de la technologie du *on-demand streaming* en différé. Ici, le public potentiellement accessible est localisé dans un lieu différent et également atteint à un moment différent. Il n'y a ni unité de temps, ni unité de lieu.

D'un point de vue technique, deux aspects semblent permettre une distinction entre le *live streaming* et le *on-demand streaming*. Premièrement, la notion de public présente des caractéristiques différentes. Alors que dans le cas du *live streaming*, le public potentiellement susceptible de percevoir des œuvres est atteint au même moment (unité de temps) bien que chaque internaute soit individuellement situé dans un lieu différent (absence d'unité de lieu), le public potentiellement susceptible de percevoir des œuvres par le biais du *on-demand streaming différé* n'est pas atteint au même moment (absence d'unité de temps), mais bien à des moments différents au grès des « appels » des internautes-utilisateurs situés dans des endroits différents (absence d'unité de lieu). Deuxièmement, certains auteurs considèrent que l'initiative de la transmission permet de distinguer le *live streaming* du *on-demand streaming*. Ainsi, la transmission sur demande (*on-demand streaming*) se ferait à l'initiative du consommateur-internaute alors que la transmission se ferait à l'initiative du fournisseur dans le cas du *live streaming*, faisant penser à une transmission *push*. Outre le fait que l'on peut douter que le *live streaming* soit réalisé à l'initiative du fournisseur²⁰⁴, cette simplification caractérisant deux « pôles » opposés ne décrivant pas toujours une réalité technique complexe, et doit donc être nuancée, puisqu'il existe aussi des constellations techniques hybrides, tel que la transmission « *near on demand* ».

C- Near on-demand streaming

La traduction littérale suggère déjà qu'il s'agit ici d'une transmission réalisée « presque à la demande ». Cette désignation décrit bien la particularité de cette transmission. Même si le

²⁰² Concernant les différents types de *streaming*, voir Ch. HANDIG : GRURInt. 2007, 706 (707).

²⁰³ U. LOEWENHEIM/O. CASTENDYK, *Handbuch des Urheberrechts*, 2003, art. 75, Rn.37.

²⁰⁴ *Live-streaming/ Streaming en différé ; push/on-demand*.

procédé technique désigné à l'aide de cette terminologie n'est pas toujours exactement le même, la transmission « Near-on-Demand » est une transmission répétée d'une œuvre en respectant des séquences temporelles proposées par le fournisseur. C'est par exemple le cas de la transmission d'un film dont la visualisation est possible toutes les cinq minutes. Ainsi, lorsque l'internaute ou le récepteur « télécharge » (abrufen) l'œuvre par le biais d'un « Near-on-demand », alors la transmission commence au prochain temps prévu par le fournisseur. Parfois, l'internaute a même la possibilité de s'intégrer dans l'émission qui a déjà commencé.

La *web-radio* personnalisée constitue un entrelacement encore plus important des deux formes de « base » du streaming²⁰⁵. En effet, ces radios orientent leurs programmes aux souhaits musicaux de chaque client. A cette fin, le client fait parvenir ses préférences musicales, à travers la communication du genre, de son artiste préféré, ou d'un titre de musique. Le programme d'ordinateur du diffuseur réalise ainsi un *audiostream* individuel avec des titres de musique qui correspondent aux choix de l'utilisateur internaute. Contrairement à un *streaming near on demand*, le client n'a pas la possibilité de choisir les titres de manière directe. Comme dans le cas du live streaming, c'est bien le diffuseur qui choisit d'émettre le stream, même s'il tient compte des choix de l'utilisateur.

D- Download progressif

On a vu en introduction que le streaming se distingue du *download*. En pratique, cependant, la distinction entre le *download* et le streaming devient de plus en plus floue. Ceci est d'ailleurs même possible par le biais de *Youtube*.

§ 7- Le cloud computing

Le *cloud computing* en termes généraux, s'entend comme « le stockage, le traitement, et l'utilisation de données situées à distance sur des ordinateurs auxquelles on accède de partout, sur tout support, par une connexion *internet*. On parle plus d'extension d'usage sur *internet* que de nouveaux usages [...] »²⁰⁶. Le *cloud computing* se présente donc aujourd'hui comme une réponse à un processus de migration qui va permettre un stockage de tous les contenus, une augmentation des capacités de stockage et, par ailleurs une couverture mondiale, puisqu'on doit accéder à tous ces contenus de n'importe où. Comme le propose aussi M. Sirinelli, on peut essayer de projeter trois schémas. Le premier schéma est la possibilité de transférer des fichiers sur le *cloud*, un casier personnel qui permet de répliquer des contenus d'une bibliothèque numérique sur un téléphone portable, une tablette etc. Le deuxième schéma consiste à répliquer une bibliothèque numérique sur un ordinateur centralisé. Par exemple, le service que j'achète ou auquel je m'abonne s'ajuste et au moment où j'achète mes contenus, ces contenus sont immédiatement répliqués sur le *cloud*, à travers l'identification de métadonnées et une synchronisation de ces contenus s'opère sur différents terminaux. En fait, j'achète un fichier et le prestataire de services me propose d'en faire une copie, ou de synchroniser ma bibliothèque, soit en la scannant, soit en identifiant ou en réunissant les fichiers en en créant un nouveau fichier. Ce sont des services tels que iTunes Match ou iTunes in the Cloud etc. Le troisième cas de figure est le suivant : le *cloud* agit comme un miroir de la

²⁰⁵ J. EICHELBERGER, *Urheberrecht und Streaming*, manuscrit, p. 22.

²⁰⁶ S. FORBIN, *Informatique en nuage*, Congrès ALAI Kyoto 2012, Le droit d'auteur et les droits voisins à l'ère de l'informatique en nuage, p. 429 s.

bibliothèque numérique, avec les métadonnées qu'il reconnaît. Je n'ai plus besoin d'uploader mes contenus sur le Cloud. L'ensemble des contenus ne réside plus sur mon ordinateur de base mais ils sont immédiatement délocalisés stockés sur un ordinateur distant sur le *cloud*.

§ 8- Les hyperliens

« L'hyperlien, c'est en quelque sorte la glu avec laquelle, le *web* – littéralement, la toile– se tisse »²⁰⁷. L'établissement de liens entre pages *web* aide l'utilisateur à trouver, par renvois successifs, l'information qu'il désire et permet donc de surmonter l'incroyable dispersion de l'information disponible sur le *web*. Sans ces liens, sans les moteurs de recherche dont le fonctionnement repose sur la technique des hyperliens, l'information mise sur le *web* perdrait de sa valeur à défaut de pouvoir être trouvé facilement.

Il existe différentes formes d'hyperliens. De manière générale, l'hypertexte est un système d'établissement structuré de liens entre les informations diverses (il peut s'agir de documents textuels ou sonores, d'images fixes ou animées) publiées sur le World Wide *web*. Ce système utilise le langage de programmation HTML qui donne des instructions à un navigateur (les *browsers*). Le système de communication du *web* repose encore sur deux autres éléments : le protocole *http* (hypertexte transfer protocol) qui constitue le standard permettant à plusieurs ordinateurs de communiquer entre eux et d'aller chercher l'information sur un serveur éloigné, et l'URL (ou Universal Resource Locator), qui est l'adresse du document basé sur le modèle « *www* » et les noms de domaine. L'hyperlien a pour fonction de renvoyer le visiteur vers un autre document hypertextes, tel une page *web*, une image ou un espace bien précis à l'intérieur d'une page *web*. Cette fonction peut être activée soit au moyen d'un simple clic sur le pointeur, soit automatiquement. Lorsque l'on clique sur un pointeur, on accède donc à un document multimédia localisé ailleurs sur le *web*, ayant sa propre adresse URL (d'où le nom de « document *hyper*-texte », donc en dehors du texte).

On peut différencier les liens d'après la technique de *linking* (type de code HTML) utilisée. On distingue alors le lien en surface (*surface linking*), le lien en profondeur (*deep linking*), le cadrage (*le framing*), le lien automatique (*inlining ou embedded link*).

Le lien en surface est un lien externe qui renvoie d'une page *web* d'un site, à la page d'accueil (ou *homepage*) d'un autre site (ci-après « le site relié »). Alors qu'un lien en surface établit un lien vers la page d'accueil du site relié, le lien externe en profondeur renvoie à une page secondaire de ce site, *c'est-à-dire* à toute page *web*, différente de la page d'accueil. Dans la mesure où le prix de l'emplacement d'un bannière publicitaire est généralement calculé d'après le nombre de visite de la page d'accueil, cette technique peut présenter un manque à gagner pour l'exploitant du site relié. Le cadrage (ou le *framing*) d'une page *web* se présente le plus souvent sous forme de bords ou de marges entourant, de manière fixe, le contenu souvent variable des pages d'un site. Le lien « cadre » est donc la commande HTML qui permet de présenter le contenu d'une page *web* d'un autre site dans le cadre du site qui établit le lien. Sur l'écran de l'internaute, le cadre du site qui établit le lien vient donc remplacer le cadre du site relié. Avec ce type de lien, le titre de la page et l'adresse du site établissant le lien ne sont pas remplacés par le titre et l'adresse du site relié.

²⁰⁷ A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, juillet 2000, n°185, p. 3-157.

Le lien automatique (ou « *Inlining* » ou « *embedded link* »), permet d'insérer dans une page *web*, une image (ou un graphique, ou un logo) provenant d'une autre page *web*, et ce sans quitter la page du site établissant le lien. L'image étant un élément indépendant d'une page *web*, elle possède sa propre adresse URL, à savoir l'endroit du serveur sur lequel l'image a été préalablement enregistrée sous forme digitale. L'activation automatique du lien par le navigateur donne l'impression à l'internaute qu'il est en train de voir une image provenant de la page *web* consultée (alors qu'en réalité, l'image provient d'une autre page *web*). Ce lien permet donc au responsable d'un site d'insérer des images sans devoir les copier. A aucun moment, en effet, l'image n'est reproduite sur le site établissant le lien. Cette technique permet donc d'économiser de l'espace sur le disque dur du serveur qui héberge la page établissant un lien automatique.

D'autres distinctions, qui recouvrent en partie les distinctions déjà présentées, peuvent être faites. Ainsi, on peut distinguer les hyperliens d'après la localisation de la page reliée : par exemple, les liens internes renvoient à une adresse URL situé sur une autre page *web* que celle établissant le lien, mais appartenant au même site *web*. Les hyperliens externes renvoient eux à une adresse URL correspondant à un autre site *web*. La technique d'activation permet également de distinguer les différents types de liens. Par exemple, les hyperliens de surface, en profondeur et de cadrage nécessitent une activation de l'internaute. Au contraire, les hyperliens automatiques sont activés par le navigateur sans l'intervention de l'internaute. On peut également distinguer les liens suivant le degré de mise en évidence du site relié. Dans le cas d'un lien en surface, l'internaute réalise que le lien le renvoie ailleurs, ce qui n'est pas toujours évident dans le cas d'un lien cadre et encore moins dans le cas d'un lien automatique.

Partie I- *De Lege lata : summa divisio* traditionnelle ; Exploitation sous forme corporelle et incorporelle.

Dans le but de qualifier un acte d'utilisation d'une œuvre sous l'angle d'un droit d'exploitation, *la première partie de la thèse* est consacrée à une analyse trois fois comparative des droits d'exploitation (en droit français, allemand, et en droit de l'Union européenne) en tenant compte de la *summa divisio* traditionnelle, c'est-à-dire en distinguant, *d'une part*, les droits d'exploitation sous forme incorporelle (droit de représentation, droit de communication au public) et, *d'autre part*, les droits d'exploitation sous forme corporelle (droit de reproduction, droit de distribution). En plus d'une présentation de la jurisprudence française et allemande, une analyse détaillée de nombreux arrêts de la *CJUE* tente de proposer une approche systématique du nouveau rôle de la *CJUE* alors que sa contribution n'est généralement abordée que de manière ponctuelle.

Titre I- Droit d'exploitation sous forme incorporelle : la communication au public

Contrairement au droit de reproduction qui a fait l'objet d'une harmonisation intégrale au niveau européen, le droit de communication au public est hétéroclite. En effet, la terminologie de *communication au public* recouvre une portée différente selon son emploi dans le texte de différentes directives. La coexistence des différentes directives concernant le droit d'auteur ou les droits voisins interroge quant au fait de savoir, si les critères d'appréciation de la *communication au public* sont les mêmes dans l'un et l'autre cas. Quelles sont les conséquences à déduire du fait qu'on ait, d'un côté, l'affirmation du droit exclusif des auteurs et, de l'autre, un simple droit à rémunération équitable par les titulaires de droits voisins ? Comment définir le public ? Qu'est-ce qu'une communication ? Qui est à l'origine d'une telle communication ? Les textes européens ne définissent pas les termes essentiels des actes qu'ils régissent²⁰⁸. Tous ces critères sont dans le flou ! C'est dans ce contexte que de nombreuses questions préjudicielles ayant pour objet l'interprétation de la notion de *communication au public* ont été posées ces dernières années par les juridictions nationales à la Cour de Justice de l'Union Européenne. Cette conjoncture a permis à la *CJUE* de renforcer son pouvoir de création prétorienne et d'apporter des éléments de réponses quant aux critères constitutifs d'une communication au public. C'est donc petit à petit, par précisions et compléments successifs, que la *CJUE* a tenté de dégager une notion uniforme et autonome de la *communication au public*.

Le premier chapitre aborde la notion de communication au public dans un contexte analogique ou numérique *hors ligne*, alors que le deuxième chapitre analyse la notion de communication au public dans un contexte numérique *en ligne*. La distinction est justifiée par l'utilisation de critères différents par la *CJUE* selon le contexte. L'unité de la notion de *communication au public* reste donc à vérifier. La différence la plus marquante est liée au

²⁰⁸ CJUE, 7 mars 2013, aff. C- 607/11 = GRUR 2013, 500 – *ITV Broadcasting Ltd c/ TV Catchup Ltd*, point 22: « la directive ne définit pas de façon exhaustive la notion de communication », cette décision sera identifiée ci-après comme « l'arrêt *ITV Broadcasting* » ; P. SIRINELLI, *Chronique de jurisprudence*, Droits patrimoniaux : RIDA janvier 2010, n°223, p. 323.

critère de « public nouveau » qui apparaît comme un simple *indice* dans le cadre de l'interprétation de la notion de communication au public dans un contexte *hors ligne*, mais comme une *condition sine qua non* dans un contexte *en ligne*. La distinction suivant le contexte *hors ligne* ou *en ligne* n'est cependant pas explicitement soulignée par la *CJUE*, mais simplement proposée dans le cadre de ce travail, dans un souci de visibilité de la jurisprudence européenne par ailleurs complexe, changeante voir même contradictoire.

Avant de distinguer les différents critères caractérisant la notion de communication au public, et d'analyser de manière comparative chacun de ces critères, un bref rappel des faits et de la solution juridique adoptée dans les décisions rendues par la Cour de justice de l'Union européenne²⁰⁹ à propos de l'interprétation de la notion autonome de communication au public s'impose, dans un souci de clarté.

Remarques préliminaires

L'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit d'auteur est un phénomène récent, ayant pris une ampleur considérable, ces cinq dernières années. En réponse à des questions préjudicielles posées par les juridictions nationales, la *CJUE* interprète la notion de communication au public, dans un contexte analogique ou numérique hors ligne et dans un contexte en ligne, c'est-à-dire dans le cadre de l'utilisation de *l'internet*. L'arrêt *ITV-Broadcasting*²¹⁰ rendu en 2013 est l'un des premiers arrêts de la *CJUE* consacré à la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une oeuvre analysée sous l'angle de la communication au public, dans un contexte en ligne. Les développements suivants permettent un survol des principales décisions (arrêts ou ordonnances) rendues par la *CJUE* en matière de droit de communication au public.

Section 1- Jurisprudence dans un contexte hors ligne

C'est à de nombreuses reprises que la *CJUE* a eu l'occasion d'interpréter la notion de communication au public, dans un contexte hors ligne. On peut même oser distinguer deux générations de jurisprudence. La première génération fait référence aux premières questions préjudicielles posées par les juridictions nationales, tandis que la deuxième génération de jurisprudence concernent des questions préjudicielles tenant compte des premières réponses de la *CJUE*.

§ 1- Jurisprudence de la « première génération »

La notion de communication au public est employée dans différentes directives. La *CJUE* a principalement été amenée à interpréter la notion de communication au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE dite directive *InfoSoc*, et au sens de l'article 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.

²⁰⁹ Et avant 2009, de la *Cour de justice de la Communauté Européenne (CJCE)*.

²¹⁰ *CJUE*, 7 mars 2013, aff. C-607/11 – *ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd, ITV Studios Ltd c/ TV Catchup Ltd*. Cette décision sera identifiée ci-après comme «*l'arrêt ITV Broadcasting*».

A- Interprétation de l'article 3 de la directive 2001/29/CE

Trois affaires peuvent être cités afin d'illustrer l'interprétation de l'article 3 de la directive 2001/29/CE, dite directive *InfoSoc* par la Cour de justice.

Dans la première affaire *SGAE c/ Rafael Hoteles*²¹¹, la SGAE (*Sociedad General de Autores y Editores de España*) reproche à une chaîne d'hôtels d'avoir accompli sans autorisation des actes de communication au public en installant d'une part des appareils de télévision dans les chambres et en diffusant en outre de la musique d'ambiance dans les parties communes de l'établissement. La CJCE est saisie de trois questions préjudicielles, portant sur l'interprétation de la notion de communication au public au sens de l'article 3 de la directive *InfoSoc*. De manière simplifiée, l'*Audiencia Provincial* de Barcelone questionne la Cour quant au fait de savoir, si l'installation dans les chambres d'hôtels de télévisions au moyen desquels est distribué un signal de télévision constitue un acte de communication au public. Par ailleurs, considérant qu'une chambre d'hôtel est un lieu strictement privé, elle pose la question de savoir, si le fait de considérer que la communication au moyen d'appareils de télévision auxquels est distribué un signal capté préalablement par l'hôtel ne constitue *pas* un acte de communication au public, est conforme à la directive *InfoSoc*.

Après avoir mis l'accent sur l'existence d'un nouveau public permettant de reconnaître un nouvel acte de communication au public, et après avoir souligné le rôle de l'hôtelier réalisant une prestation de service accomplie dans le but d'en retirer un certain bénéfice, la CJCE conclut que si la simple fourniture d'installations physiques ne constitue pas, en tant que telle, une communication au sens de la directive, la distribution d'un signal au moyen d'appareils de télévision par un établissement hôtelier aux clients installés dans les chambres de cet établissement (et cela, quelque soit le technique de transmission du signal utilisée), constitue un acte de communication au public. Finalement, la Cour de justice rappelle que le caractère privé des chambres d'un établissement hôtelier ne s'oppose pas à ce que la communication d'une œuvre opérée au moyen d'appareils de télévision constitue un acte de communication au public, au sens de l'article 3, de la directive.

Les deux autres affaires *Football Association Premier League/ QC Leisure co.* et *Karen Murphy / Media Protection Services Ltd* sont jointes, puisqu'elles ont donné lieu à un même arrêt rendu le 4 octobre 2011 par la CJUE.

En l'espèce la *Football Association Premier League*, administrant la « Premier League », principal championnat de football professionnel pour les clubs de football établis en Angleterre²¹², commercialise les droits de diffusion de matchs de football. Elle conclut ainsi des contrats de licence avec des radiodiffuseurs qui s'engagent tous à respecter une exclusivité territoriale stricte²¹³. Ces derniers cryptent donc leur signal satellite afin que *seuls* leurs

²¹¹ CJCE, 7 décembre 2006, aff. C-306/05 – *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c/ Rafael Hoteles SA*, ci-après indentifié comme „l'arrêt *Rafael Hoteles*“.

²¹² CJUE, 4 octobre 2011, aff. C-403/08 – *Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA c/ QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure Ltd, Philip Georg Charles Houghton, Derek Owen* et aff. C-429/08 – *Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd*. Les décisions jointes seront ci-après identifiées comme « l'arrêt *Football Association Premier League* », n° 30.

²¹³ *Ibid.*, n° 32 à 35.

abonnés nationaux puissent accéder aux programmes²¹⁴. Il en résulte que ces organismes de radiodiffusion se voient notamment interdire de fournir des dispositifs de décodage, par exemple une carte de décodeur, permettant de décrypter leurs émissions en vue de leur utilisation en dehors du territoire pour lequel ils détiennent une licence, c'est-à-dire dans un autre Etat membre²¹⁵.

Pourtant, Mme Murphy, gérante d'un café-restaurant situé au Royaume-Uni, avait acquis un décodeur et une carte permettant de décoder le signal auprès d'un radiodiffuseur grec qui commercialisait ces éléments moins chers que son homologue britannique. Il en a résulté le litige suivant: faut-il faire prévaloir l'exclusivité territoriale des droits de télédiffusion ou, au contraire, privilégier la libre prestation de services au sein de l'Union européenne ? Sans surprise, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'il fallait faire prévaloir la libre prestation de services. *In fine*,

Mme Murphy peut donc continuer à se fournir auprès du radiodiffuseur grec. Alors que pour parvenir à cette conclusion, la *CJUE* se fonde notamment sur le droit d'accès conditionnel, la libre prestation de services, le droit de concurrence, l'arrêt qualifie bien la transmission des œuvres radiodiffusées au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs, aux clients présent dans un café-restaurant de communication au public. C'est pourquoi, l'analyse de cet arrêt apporte des précisions concernant l'interprétation de la notion de communication au public au sens de l'article 3 de la directive *InfoSoc*, alors même que Madame l'avocat général Kokott souligne à juste titre que l'article 11 *bis* al. 1 iii de la convention de Berne relatif à la communication publique par haut-parleur, ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons, ou d'image, de l'œuvre radiodiffusée, n'a pas fait l'objet d'une « transposition » explicite au niveau de la directive *InfoSoc*.

B- Interprétation de l'article 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE

Deux affaires ont particulièrement attiré l'attention des juristes en droit d'auteur, à savoir l'affaire dite *Marco del Corso* qui a eu un retentissement considérable, et l'affaire dite *PPL/Irland*²¹⁶. Ces deux affaires ont fait l'objet de deux arrêts rendus le même jour par la *CJUE*.

Dans l'affaire *SCF/ Marco del Corso*, un dentiste procède, dans son cabinet dentaire à une radiodiffusion de phonogrammes protégés au titre des droits voisins de la propriété littéraire et artistique. La *SCF (Societa consortile Fonografici)*, en tant que société de gestion collective, est chargée de la collecte et de la répartition pour le compte des ayants droit et souhaite percevoir des droits au titre de la diffusion de cette musique d'ambiance²¹⁷. La *CJUE* est saisie d'une question portant sur la définition du périmètre du droit de communication au public d'une œuvre protégée prévue par la directive 2001/29/CE dite directive *InfoSoc* sur le droit d'auteur et les droits voisins de la société de l'information. Il est important de souligner que la *CJUE* ne répond pas sur le terrain de la directive *InfoSoc*, mais requalifie la question au regard des circonstances de fait et répond sur le terrain de la directive 2006/115/CE dite directive

²¹⁴ *Ibid.*, n° 35.

²¹⁵ *Ibid.*, n° 35.

²¹⁶ *CJUE*, 15 mars 2012, aff. C-162/10— *Phonographic Performance (Ireland) Ltd c/ Ireland et aff. C-135/10 — Societa Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco del Corso*. Ces décisions seront identifiées ci-après comme « l'arrêt PPL » et « l'arrêt Marco del Corso ».

²¹⁷ Arrêt *Marco del Corso*, n° 28-33.

« droits voisins », sur le fondement du droit à rémunération équitable. La définition de l'acte de communication au public proposée par la *CJUE* est donc rendue dans ce cadre spécifique. In fine, le droit de rémunération équitable perçu en matière de radiodiffusion de phonogrammes ne peut être exigé au titre de la communication au public, dans le cadre de cette diffusion de phonogrammes à la clientèle d'un dentiste. En effet, les critères permettant de définir une communication au public ne sont pas remplis, en raison notamment de l'absence de l'intention de communiquer l'œuvre par le dentiste, de l'absence de l'intention des destinataires de recevoir l'œuvre, et de l'absence de caractère lucratif de cette diffusion. La *CJUE* considère en conséquence, que la notion de communication au public dans le cadre du droit à rémunération équitable « ne couvre pas la diffusion gratuite de phonogrammes dans un cabinet dentaire, tel que celui en cause au principal, dans le cadre de l'exercice d'une profession libérale, au bénéfice de la clientèle qui en jouit indépendamment de sa volonté »²¹⁸. Il s'ensuit que la société de perception et de répartition SCF ne saurait revendiquer le paiement pour le compte des ayants droit d'une quelconque rémunération au titre de cette diffusion.

Il vaut d'ailleurs mieux être dentiste qu'hôtelier, pour échapper au paiement de la rémunération équitable, puisque l'affaire *PPL* considère que l'hôtelier ne peut pas échapper à la rémunération équitable au profit des producteurs de phonogrammes. Les deux arrêts sont en fait parfaitement articulés puisqu'ils parviennent à des solutions, certes différentes en fait, mais qui utilisent le même raisonnement juridique. L'arrêt *PPL/Irland* ne cesse de se référer à l'arrêt *Marco del Corso* comme pour prouver leur jumelage.

L'affaire *PPL* concerne donc non plus des dentistes, mais des exploitants d'hôtels et de pensions de famille²¹⁹. Le droit de rémunération équitable doit-il être acquitté par l'hôtelier qui offre les moyens de l'écoute de phonogrammes à ses clients dans la chambre d'hôtel, que ce soit sous forme de radiodiffusion/télédiffusion (c'est-à-dire des postes de télévision et/ou de radio auxquels l'exploitant d'hôtel distribue un signal), ou sous forme de « mise à disposition » au sens matériel du terme, d'un dispositif (autre qu'un appareil de télévision et de radio) tout comme des phonogrammes sous forme physique ou numérique, qui peuvent être entendus ou diffusés à l'aide de ce dispositif ?

La *CJUE* rappelle que la communication est caractérisée lorsqu'il existe une communication de l'œuvre protégée à un nouveau public, distinct et supplémentaire par rapport à celui visé dans l'acte de communication d'origine, ce qui serait le cas en l'espèce. De plus, la Cour considère que les critères permettant de définir une communication au public sont remplis, en raison notamment de l'intention de communiquer l'œuvre par l'hôtelier, de l'intention de la clientèle de l'hôtel de recevoir l'œuvre et du caractère lucratif de cette diffusion, constituant une prestation de service supplémentaire ayant une influence sur le standing de l'établissement. Par conséquent, c'est bien au titre d'une communication au public des phonogrammes et des émissions télévisées, qu'une rémunération est due par l'hôtelier aux ayants droits. Il faut également attirer l'attention sur le fait, que même la simple « mise à disposition » au sens matériel du terme d'un autre dispositif, ainsi que des phonogrammes sous forme physique ou numérique pouvant être diffusés ou entendus, grâce à ce dispositif oblige l'exploitant d'un établissement hôtelier à verser une rémunération équitable pour la transmission desdits phonogrammes.

²¹⁸ Arrêt *Marco del Corso*, n° 102.

²¹⁹ Arrêt *PPL*, n° 16.

§ 2- Jurisprudence de la « deuxième génération »

Le 27 février 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a de nouveau eu l'occasion de se prononcer en matière de communication au public au visa de l'article 3 al.1 de la directive *InfoSoc*, dans le cadre de l'affaire dite « OSA »²²⁰. En l'espèce, la société de gestion collective OSA détentrice du droit exclusif de perception des auteurs d'œuvres musicales en République tchèque, réclame à une société de cure thermale de Marienbad, dans la région de Karlovy Vary, les redevances afférentes aux œuvres qu'elle gère du fait de l'installation dans les chambres de l'établissement thermal d'appareils de radio et de télévision donnant accès à ces œuvres²²¹. Or, l'établissement thermal soutient être couvert par l'article 23 de la loi tchèque sur le droit d'auteur exemptant de redevances « la mise à disposition d'une œuvre à des patients lorsqu'on leur prodigue des soins de santé » qu'il estime ne pas être contraire à la directive *InfoSoc*²²². Au delà de savoir, si la directive *InfoSoc* peut-être invoquée dans un litige opposant les particuliers, et de rechercher si la société de gestion collective abuse de sa position de monopole, ce sont surtout les réponses de la Cour de justice apportées à la première des questions préjudicielles, au sujet de l'interprétation de la notion de communication au public qui vont être analysées dans les développements suivants. D'une manière générale, la CJUE inscrit son argumentation dans la lignée de l'arrêt *SGAE*, en rejetant de manière explicite, toute possibilité d'application des critères dégagés à l'occasion de l'affaire *SCF/Marco del Corso* au sujet de la notion de communication au public prévu à l'article 8 al. 2 de la directive 92/100/CEE ou de la directive 2006/115/CE concernant le « droit à caractère compensatoire des artistes interprètes, des exécutants et des producteurs de phonogrammes »²²³. Finalement, il y a lieu de considérer qu'un acte de « communication au public » au sens de l'article 3, al. 1 de la directive *InfoSoc* existe, dès lors que l'exploitant d'un établissement thermal, permet à ses patients d'accéder aux œuvres radiodiffusées au moyen d'appareils de télévision ou de radio, en distribuant dans les chambres de celui-ci le signal reçu, porteur des œuvres protégées²²⁴.

Le 19 novembre 2015, la CJUE s'est prononcée à la suite d'une question formulée par la Cour d'appel de Bruxelles, dans le cadre d'un litige opposant la SABAM, une société de gestion collective belge, et la SBS, un organisme de radiodiffusion commercial néerlandophone qui exploite les chaînes de télévision privée belge²²⁵, à propos du versement d'une rémunération liée à la diffusion de programmes télévisuels au moyen de la technique de l'injection directe²²⁶. Cette technique vise un processus en deux étapes. Dans le cadre de la première étape, SBS transmet ses signaux porteurs de programmes à ses distributeurs, par une ligne de point à point privée. A ce stade, ces signaux ne peuvent pas être captés par le grand public. Lors de la deuxième étape, les distributeurs transmettent lesdits signaux, après cryptage ou non, à leurs abonnés. En fonction du distributeur concerné, les signaux sont transmis par satellite, par câble ou par ligne xDSL. La SABAM estime que SBS procède à un acte de communication au

²²⁰ CJUE, 27 févr. 2014, aff. C-351/12 – OSA – *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o. s. / Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, identifiée ci-après comme « l'arrêt OSA ».

²²¹ Arrêt OSA, n° 11.

²²² Arrêt OSA, n° 11.

²²³ Arrêt OSA, n° 35.

²²⁴ Arrêt OSA, n° 24 et n° 33.

²²⁵ CJUE, 19 nov. 2015, aff. C-325/14 – *SBS Belgium NV/ Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM)*, ci-après nommé comme « l'arrêt SBS Belgium ».

²²⁶ Arrêt SBS Belgium, n° 7.

public au sens de l'article 3 de la directive *InfoSoc*. *In fine*, la *CJUE* juge qu'un organisme de radiodiffusion ne se livre pas à un acte de communication au public, lorsqu'il transmet ses signaux porteurs de programmes exclusivement aux distributeurs de signaux, sans que ces signaux ne soient accessibles au public. Reste néanmoins à vérifier si l'intervention des distributeurs ne constitue qu'un simple moyen technique.

La *CJUE* s'est prononcée le 31 mai 2016 au sujet du conflit opposant Reha Training, qui exploite un centre de rééducation permettant à des personnes victimes d'un accident de bénéficier dans ses locaux d'un traitement postopératoire, à la société de gestion collective allemande *GEMA* (*Gesellschaft für Musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*) équivalent de la SACEM en France.²²⁷ N'ayant jamais sollicité de mise à disposition desdites émissions auprès de la *GEMA*, la société Reha-Training a, suite à l'arrêt *SCF/Marco del Corso*, permis à ses patients de visualiser des émissions télévisées, au moyen de téléviseurs installés dans les deux salles d'attente et dans la salle d'exercice de ces locaux entre le mois de juin 2012 et le mois de juin 2013. Toute la difficulté consiste à déterminer si l'on est en présence d'une communication à destination d'un public. *In fine*, la *CJUE* considère qu'il convient d'apprécier la situation d'espèce à l'aune de la communication au public au regard tant de l'article 3, al. 1 de la directive *InfoSoc* que de l'article 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE, ce qui plaide en faveur d'une notion « unitaire » de la communication au public. La Cour soulignant que le caractère lucratif de la diffusion d'une œuvre protégée au public n'est pas dénuée de pertinence, il est fort probable, qu'elle soutienne la reconnaissance d'une communication au public dans le cas d'espèce, alors même qu'à la différence des autres arrêts, la *CJUE* ne cherche pas à proposer une solution juridique en pratique.

Section 2- Jurisprudence dans un contexte en ligne

La jurisprudence de la *CJUE* dans un contexte en ligne englobe aussi bien les actes de communication au public par le biais d'*internet*, que la qualification juridique des hyperliens et *framing* dans un environnement *online*, envisagée à ce jour par la *CJUE* que sous l'angle du droit de communication au public.

§ 1- Acte de communication au public par *internet*

Dans un arrêt *ITV Broadcasting/ TV Catchup*, du 7 mars 2013 la *CJUE* s'est une fois de plus prononcée sur l'interprétation à donner au droit de communication au public prévu par l'article 3 de la directive *InfoSoc*. En l'espèce, la *High Court of Justice* britannique demandait à la *CJUE* si la définition du droit de communication au public prévue par l'article 3 § 1 de la directive du 22 mai 2001 couvre l'activité d'un opérateur captant le signal de chaînes

²²⁷ *CJUE*, 31 mai 2016, aff. C-117/15 – *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH c/ Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, ci-après nommée comme « l'arrêt *Reha Training* ».

télévisées afin de proposer à ses clients de visionner l'émission demandée sur leur ordinateur, via *internet*, tout en sachant que son offre s'adresse exclusivement à des personnes déjà présentes dans la zone terrestre de réception des programmes télédiffusés. Bien que l'arrêt face explicitement référence à l'arrêt *SGAE* et *Murphy*, la Cour semble recourir à des critères qui divergent de ceux dégagés dans sa jurisprudence antérieure.

Pour ce qui est de la notion de communication, la Cour propose au terme d'une interprétation contextuelle et téléologique de l'acquis communautaire, de considérer que régissant les situations dans lesquelles une œuvre donnée fait l'objet d'utilisations multiples, « [l'Union] a entendu que chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique »²²⁸ doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en cause.

Cette situation doit être distinguée de celle dans laquelle un moyen technique est employé pour garantir ou améliorer la réception de la transmission d'origine dans la zone de couverture, question qui avait été abordée à l'occasion des arrêts *Premier League*²²⁹ et *Airfield*²³⁰ pour des opérations techniques intervenant sur le signal dans le cadre d'une radiodiffusion par satellite. Lorsque tel est le cas, il s'agit d'un prolongement de la même transmission et non d'une autre communication au public. Quant à la notion de public, la Cour renvoie à la jurisprudence « établie » de l'arrêt *SGAE* en évoquant *un nombre indéterminé de destinataires potentiels et un nombre de personnes assez important*. L'originalité de la décision *ITV Broadcasting/ TV Catchup* tient d'une part, à l'interprétation de la notion de public nouveau et d'autre part, à l'exigence d'un caractère lucratif. S'agissant du public nouveau, son importance est considérablement réduite par rapport aux arrêts antérieurs. Si, *ab initio*, les conditions de la transmission sont isolées techniquement et que les publics sont disjoints, il n'est pas nécessaire d'identifier un public nouveau. S'agissant du caractère lucratif, la Cour considère que ce critère « n'est pas déterminant pour la qualification d'une retransmission (...) en tant que *communication* au sens de l'article 3, paragraphe 1 de la directive 2001/29 »²³¹.

§ 2- Jurisprudence liée à la qualification juridique des liens

Dans le domaine de la qualification juridique des hyperliens, trois décisions retiennent particulièrement l'attention, à savoir l'arrêt *Svensson*, l'ordonnance *Bestwater* et l'arrêt *Sanoma*.

Les faits de l'affaire *Nils Svensson* peuvent être résumés de la façon suivante : Des articles de presse rédigés par plusieurs journalistes suédois ont été publiés en accès libre sur le site *internet* du *Göteborgs-Posten*. *Retriever Sverige*, une société suédoise, exploite un site *internet* qui fournit à ses clients des liens *internet* cliquables (hyperliens) vers des articles publiés sur d'autres sites *internet*, dont le site *Göteborgs-Posten*. *Retriever Sverige* n'a cependant pas demandé aux journalistes concernés l'autorisation d'établir des hyperliens vers les articles publiés sur le site *Göteborgs-Posten*.

²²⁸ Arrêt *ITV Broadcasting*, n° 26.

²²⁹ Voir note N° 6.

²³⁰ CJUE, 13 octobre 2011, *Airfield c/ Sabam*, aff. C-431/09 et C-432/09- Cette décision sera notifiée ci-après comme « l'arrêt *Airfield* ».

²³¹ Arrêt *ITV Broadcasting*, n° 43.

Dans cette affaire, il est demandé par la juridiction suédoise à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) de qualifier le lien actif sur *internet* du point de vue du droit d'auteur. La juridiction demande entre autres, si le fait de fournir un lien cliquable vers cette œuvre sur un site *internet* — par toute personne autre que le titulaire des droits d'auteur sur une œuvre — constitue une communication de l'œuvre au public selon l'article 3§ 1 de la directive 2001/29²³² et si la réponse à cette question peut être influencée par le caractère ouvert ou non du site cible ainsi que par le contexte de visualisation de ce dernier²³³. Comme le fait remarquer Bénabou, cette question est juridiquement délicate, dans la mesure où « la simple fourniture d'un lien ne correspond pas à une mise en jeu directe de l'œuvre mais permet toutefois à celui qui l'actionne d'en prendre connaissance²³⁴ ». Ainsi l'affaire a donné lieu à un arrêt de la CJUE rendu le 13 février 2014²³⁵ : la Cour considère que la fourniture sur un site *internet* de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site « ne constitue pas un acte de communication au public²³⁶ » tel que visé à l'article 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29.

C'est le 21 octobre 2014, que la CJUE a rendu une ordonnance motivée²³⁷, en faisant notamment référence à l'arrêt *Svensson* ayant pour objet des questions préjudicielles similaires. *Beswater International* fabrique et commercialise des systèmes permettant de filtrer l'eau. Pour ses besoins publicitaires, elle a fait produire un film de deux minutes environ, sur le thème de la pollution des eaux ayant pour titre « la réalité » (en allemand, *Die Realität*). La SARL *Beswater* détient des droits exclusifs d'exploitation sur ce film. Au moment des faits ayant donné lieu au litige au principal, ce film était consultable sur la plate-forme vidéo *Youtube*. *Bestwater* affirme que cette mise en ligne a été réalisée sans son consentement. M. Mebes, et S. Potsch sont eux, deux agents commerciaux indépendants qui travaillent pour une entreprise concurrente de *Bestwater*. Ils possèdent chacun un site *internet*, sur lequel, ils assurent la promotion des produits commercialisés par leur cliente. En 2010, les deux agents commerciaux indépendants ont permis aux « visiteurs » internautes de leurs sites *internet* de visualiser le film produit par *Bestwater international* au moyen d'un lien *internet* utilisant la technique de la « *transclusion* » ou du *framing*. Lorsque les internautes cliquaient sur le lien, le film provenant de la plate-forme *Youtube* apparaissait en incursion sur les sites *internet* de M.

²³² Question 1 : « Le fait pour toute personne, autre que le titulaire [du droit] d'auteur sur une œuvre de fournir un lien cliquable vers cette œuvre sur son site *internet* constitue-t-il une communication de l'œuvre au public selon l'article 3, paragraphe 1, de la directive [2001/29] ? ».

²³³ Question 2 : « L'examen de la première question est-il influencé par le fait que l'œuvre vers laquelle renvoie le lien se trouve sur un site *internet* auquel chacun peut accéder sans restriction, ou que l'accès à ce site est, au contraire, limité d'une façon ou d'une autre ? ». Question 3 : « Convient-il, dans l'examen de la première question, de faire une distinction selon que l'œuvre, après que l'utilisateur a cliqué sur le lien, apparaît sur un autre site *internet* ou au contraire, en donnant l'impression qu'elle se trouve montrée sur le même site [*internet*] ? ».

²³⁴ V.-L. BENABOU, *Actualité jurisprudentielle de l'Union européenne, Droits patrimoniaux, Définition du droit de communication au public-lien cliquable- compétence des Etats membres* : PI, janvier 2013, n°46, p. 82-83. Voir aussi le rapport du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) présenté le 9 juillet 2012, fruit des travaux d'une commission du CSPLA relative au « référencement des œuvres sur *internet* ». La commission du CSPLA était constituée entre autre de Mmes V.-L. BENABOU, J. FARCHY, et de C. MEADEL.

²³⁵ CJUE, 13 février 2013, aff.C-466/12 – *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madeleine Sahlman, Pia Gadd c/ Retriever Sverige AB*. La décision sera ci-après nommée comme « l'arrêt *Svensson* ».

²³⁶ Arrêt *Svensson*, n° 32.

²³⁷ CJUE, 21 octobre 2014, aff.C-348/13 – *Bestwater International GmbH c/ Michael Mebes, Stefan Potsch*. La décision sera ci-après nommée comme « l'ordonnance *Bestwater* ».

Mebes et S. Potsch, donnant l'impression qu'il était montré depuis ceux-ci. Considérant que M. Mebes et S. Potsch avaient mis le film qu'elle avait produit à la disposition du public sans son autorisation, Bestwater International a introduit une action devant les juridictions allemandes en vue d'obtenir la cessation de sa diffusion et leur a réclamé des dommages et intérêts.

Concernant l'arrêt *GS Media*, les circonstances du contentieux sont les suivantes²³⁸ : *Sanoma*, l'éditeur d'une revue mensuelle, a commandé en 2011 un reportage photographique sur Mme Britt Decker, qui apparaît régulièrement dans des programmes télévisés aux Pays-Bas. *GS Média*, qui exploite le site *internet Geenstijl* consulté chaque jour par plus de 230 000 visiteurs internautes a publié des annonces et un hyperlien renvoyant les lecteurs vers un site australien où les photos en question ont été mises à disposition sans le consentement de *Sanoma*. Malgré la mise en demeure de *Sanoma*, *GS Media* a refusé de supprimer l'hyperlien en question. Lorsque le site australien a supprimé les photos sur demande de *Sanoma*, *Geenstijl* a même publié une nouvelle annonce qui contenait elle aussi un hyperlien vers un autre site, sur lequel on pouvait voir les photos en question. *Sanoma* a à nouveau demandé la suppression des photos de ce nouveau site. Certains internautes visitant le forum de *Geenstijl* ont eux aussi placé de nouveaux liens renvoyant à d'autres sites où les photos pouvaient être consultées. Selon *Sanoma*, *GS Média* a porté atteinte au droit d'auteur en plaçant des liens qui permettent d'accéder aux photographies sur des sites contrefaisants. Saisi en cassation, *le Hoge Raad der Nederlanden* (la Cour de cassation des Pays-Bas) a interrogé la Cour de justice de l'Union européenne sur la qualification juridique de l'acte d'utilisation des œuvres par *GS Media*. L'arrêt de la *CJUE* rendu le 8 septembre 2016 qualifie cet acte d'utilisation de communication au public, en adoptant néanmoins une argumentation peu convaincante et en omettant de clarifier certaines questions délicates. Le résultat auquel abouti cet arrêt est néanmoins à saluer, et l'on peut se réjouir que la *CJUE* n'ait pas suivi les conclusions de l'avocat général²³⁹ rendues en avril 2016, soutenant que l'acte d'utilisation revenant à poser des liens envers des œuvres illicites ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur.

²³⁸ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15 – *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertuida Dekker*. Cette décision sera ci-après nommée « l'arrêt *Sanoma* ».

²³⁹ Conclusions de l'avocat général M. Melchior Wathelet présentées le 7 avril 2016, dans le cadre de l'affaire C-160/15 dite « *Sanoma* ».

Chapitre I- Notion de communication au public dans un contexte hors ligne

Prévu à l'article 3 de la directive *InfoSoc*, le droit exclusif de communication permet aux auteurs d'autoriser ou d'interdire « toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». La lecture de cet article permet de constater que la notion de communication au public au sens de l'article 3 de la directive *InfoSoc* n'est pas « censée viser les formes traditionnelles de communication au public, comme la représentation ou l'exécution directes d'une œuvre »²⁴⁰. Cette remarque vaut pour la notion de communication au public hors ligne et en ligne et elle est corroborée par le considérant 23 de la directive *InfoSoc*, qui dispose que le droit de communication au public doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public *non* présent au lieu d'origine de la communication. Cette interprétation de la communication au public est particulièrement lisible dans l'affaire *Circul Globus Bucuresti*²⁴¹ de la *CJUE* dont l'arrêt a été rendu le 24 novembre 2011²⁴². Contrairement à la notion de *communication au public* sur le plan national en droit français et allemand, la notion de *communication au public* au sens de l'article 3 de la directive *InfoSoc* exclue donc toute forme de communication immédiate. Le régime de la représentation directe reste donc au législateur national sauf, vraisemblablement, dans la mesure où la directive *InfoSoc* régit toutes les exceptions aux prérogatives de l'auteur et donc aussi celles qui affectent le droit de représentation directe. Une telle compréhension de la *communication au public* traduit le souci du législateur européen de ne traiter que les questions de droit d'auteur relatives aux développements de la *société de l'information* et à l'évolution des techniques²⁴³.

Avant d'envisager la réception de la jurisprudence de la *CJUE* par les juridictions nationales (Section 2), il est nécessaire de présenter et d'analyser la notion de communication au public, telle qu'elle est interprétée par la *CJUE* et comprise par la jurisprudence traditionnelle en France et en Allemagne (Section 1).

Section 1- Présentation et analyse de la notion

²⁴⁰ *CJUE*, 24 Nov. 2011, aff. C-283/10 = *GRUR Int.* 2012, 10 – *Circ. et Variete Globus Bucuresti c/ UCMR*, point 39. Cette décision sera identifiée ci-après comme « l'arrêt *Circul Globus Bucuresti* »

²⁴¹ Arrêt *Circul Globus Bucuresti*, n° 31.

²⁴² Arrêt *Circul Globus Bucuresti*, n° 13, n° 14, n° 15. Il s'agit d'un litige entre une société d'auteur (*UCMR-ADA*) et un cirque (*Globus*) qui avait diffusé de la musique au cours de ses spectacles sans autorisation et sans verser de redevances, parce qu'il avait directement obtenu l'accord des compositeurs sans passer par la société. Or celle-ci invoquait la législation roumaine qui institue une licence légale en cas de communication des œuvres musicales au public. Etant donné que la musique était diffusée au public présent aux représentations du cirque, la Cour de cassation de Roumanie demandait à la *CJUE* dans une première question préjudicielle, si le droit de communication au public de l'article 3 art. 1 de la directive *InfoSoc* est à comprendre au sens du considérant 23 et vise uniquement les hypothèses où le « public n'est pas présent au lieu d'origine de la communication ».

²⁴³ Voir à ce propos le considérant 2 et le considérant 5 de la directive 2001/29/CE.

Littéralement déjà, la notion de « communication au public » associe deux éléments cumulatifs, à savoir un « acte de communication » d'une œuvre, et la communication de cette dernière à un « public »²⁴⁴. Néanmoins, il semble que dans un contexte hors ligne précisément, la *CJUE* accorde de l'importance au rôle de l'utilisateur s'identifiant comme l'exploitant d'un café-restaurant, d'un hôtel, ou d'un établissement thermal et précédant à un acte de communication au public lorsqu'ils transmettent délibérément à leur clientèle des œuvres protégées. C'est pourquoi, la terminologie « d'initiative de communiquer » (§1) initialement employée par M. Pollaud-Dulian²⁴⁵ est préférée à la simple terminologie de « communication ». Dans un contexte hors ligne, le public n'est donc généralement pas capté par hasard mais bien ciblé par leurs exploitants, dont la démarche peut consister à proposer une prestation de service accomplie dans le but de retirer un bénéfice. C'est pourquoi, la terminologie de « destination de la communication », également proposée par M. Pollaud-Dulian, en vue d'atteindre un public et/ou un but lucratif semble également plus appropriée que la simple référence à la notion de public, omettant de mettre en avant le caractère lucratif d'un acte (§2).

§ 1- L'initiative de communiquer

Les développements suivants sont consacrés à la présentation et à l'analyse de l'évolution de la jurisprudence de la *CJUE* (A), tout comme à la présentation synthétique de la notion de communication au public en droit d'auteur français et allemand. L'accent est alors mis sur l'évolution de la jurisprudence traditionnelle en France et en Allemagne (B).

A- L'évolution de la jurisprudence de la *CJUE*

Pour la *CJUE*, il y a une « initiative de communiquer » dès lors qu'un « utilisateur » procède à une « communication ». C'est pourquoi, il convient de clarifier ce qu'on entend par « communication » (1) et de rechercher « l'utilisateur » d'une telle communication (2).

1- La « communication »

Malgré la référence aux textes internationaux et aux directives, la détermination de critères permettant de caractériser une « communication » évolue au fil des arrêts rendus par la *CJUE*. On ne peut donc que souligner la difficulté à cerner la notion de « communication ». Au sens courant, une œuvre est communiquée, lorsqu'elle est portée à la *connaissance d'autrui*. La communication s'analyse donc dans un premier temps comme la transmission d'une œuvre et non comme la simple mise à disposition, au sens matériel du terme, de

²⁴⁴ Voir aussi, Arrêt *SBS Belgium*, n° 15; Arrêt *Svensson*, n° 16.

²⁴⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *Construction ou déconstruction du droit de communication au public : Auteurs&Media*, 2012/5, p. 403- 412 (405).

fournitures d'installation (a). Il y a donc communication dès lors que les œuvres sont destinées à un public. Quel est alors l'intérêt de recourir au concept de « public nouveau », c'est-à-dire à un public qui n'était pas pris en compte par les titulaires de droits sur les œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisés leur utilisation par la communication au public d'origine ? On verra, dans un deuxième temps, que la notion de public nouveau participe d'une compréhension extensive de la notion de communication au public (b).

a- Une transmission, un acte de communication ?

L'acte de communication vise toute „transmission“ (aa) des œuvres protégées. A *contrario*, la simple fourniture d'installation ne constitue pas une communication. Tel est le principe. Selon la *CJUE*, néanmoins, la simple fourniture de moyens s'analyse dans certains cas précis comme un acte de communication au public (bb).

aa- Une transmission

Selon la *CJUE*, la notion « d'acte de communication » vise toute « transmission » des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé²⁴⁶. Cette formulation technologiquement neutre traduit l'objectif mentionné, entre autres, au considérant 9 de la directive *Infosoc*²⁴⁷ visant à instaurer un niveau élevé de protection en faveur des ayants droits. Selon une compréhension « classique » du droit d'auteur, plus le « monopole » de l'auteur est grand et étendu, plus les intérêts de ce dernier sont protégés. Les qualificatifs « large », « indispensable » utilisés par la *CJUE* traduisent cette « recherche de la voie la plus protectrice de l'ayant droit »²⁴⁸. Cette large compréhension du droit de *communication au public* est corroborée par la formulation du considérant 23 de la directive *InfoSoc*²⁴⁹, qui prévoit explicitement que le droit de « communication au public » doit s'entendre au sens large.

Certains arrêts de la deuxième génération semblent abandonner une compréhension technologiquement neutre de la communication au public, puisque chaque transmission ou retransmission d'une œuvre, qui utilise un mode technique *spécifique* doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en cause²⁵⁰. L'autorisation de l'auteur, dès que la transmission ou la retransmission d'une œuvre utilise un mode technique spécifique, étonne. Le critère de « mode technique spécifique » a pour la première fois été mentionné dans l'arrêt *ITV-Broadcasting*²⁵¹, à propos de l'interprétation de la notion de communication au public dans un contexte *en ligne*.

²⁴⁶ Arrêt *Reha-Training*, n° 38; Arrêt *SBS Belgium* n°16; Arrêt *Football Association Premier League*, n° 193, Arrêt *OSA* n° 25.

²⁴⁷ Considérant 9 de la directive *InfoSoc*: « Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé [...] ».

²⁴⁸ B. MICHAUX, *La Cour de justice interprète la notion de communication au public : l'arrêt SGAE c. Rafaël Hoteles : Auteurs & Media 2007/ 4*, p. 305.

²⁴⁹ Cons. 23 de la directive 2001/29/CE, « La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large [...] »

²⁵⁰ Arrêt *Reha-Training*, n°39 ; Arrêt *SBS Belgium* n°17; Arrêt *ITV Broadcasting*, n°24.

²⁵¹ Arrêt *ITV Broadcasting*, n°26.

Une mise à disposition des œuvres par le biais de la retransmission sur *internet* d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre constitue une communication au sens de l'article 3 § 1 de la directive 2001/29, sujette à autorisation préalable des auteurs. La prise en compte d'un mode technique est à différencier d'un moyen technique permettant d'améliorer la réception de la transmission d'origine²⁵². Lorsque tel est le cas, il s'agit d'un prolongement de la même transmission et non d'une autre communication au public²⁵³. « La différence tient à ce que dans le cas d'un moyen technique, l'opérateur intervient au soutien de la première transmission et non en concurrence ou en ajout avec elle, en proposant un autre mode d'accès à l'œuvre »²⁵⁴.

Une télédiffusion ou une radiodiffusion constitue bien un acte de communication au public et non pas une simple fourniture d'installation. Pourtant, ces deux actions se complètent et leur différenciation ne semble pas toujours évidente. D'une part, l'action délibérée et incontournable de l'utilisateur est liée à la simple fourniture d'installation. D'autre part, les actes d'utilisation des œuvres nécessitent en général le recours à des moyens techniques, si bien que « la prestation de l'utilisateur » va au-delà et dépasse le simple « service technique » mais ne s'y oppose pas. Bien que la différenciation de ces deux actes semble artificielle ou difficile à saisir, il est nécessaire de s'intéresser à l'intention primaire du législateur.

Effectue une « simple fourniture d'installation », celui qui, par la mise à disposition (au sens de « mise en place ») d'appareils et de moyens techniques, ne contribue de manière causale qu'à l'utilisation d'une œuvre par une autre personne qui n'est pas soi-même un utilisateur²⁵⁵. Pour Mme Sharpston²⁵⁶ aussi, « le simple fait d'installer des appareils de télévision dans les chambres d'un hôtel ne constitue pas un acte de communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1 de la directive droit d'auteur »²⁵⁷. Cette remarque découle d'ailleurs clairement du 27^{ème} considérant de la directive droit d'auteur qui dispose que : « la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive ». Cette limitation, corrobore d'ailleurs l'affirmation faite au 23^{ème} considérant²⁵⁸ et est conforme à une « déclaration commune » adoptée par la conférence diplomatique sur l'article 8 du traité *WCT*²⁵⁹ de l'*OMPI sur le droit d'auteur précisant* qu' « il est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la convention de Berne ». Il s'agit, par exemple,

²⁵² V.-L. BENABOU, Chroniques, *Droits patrimoniaux-Communication au public-Télévision connectée-responsabilité de la transmission*, PI, avril 2013, n°47, p. 208-212 (209); F. POLLAUD-DULIAN, Chroniques, *Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur et droits d'exploitation, Communication au public. Diffusion sur internet de programmes télédiffusés. Streaming*. RTD Com, avril-juin 2013, p. 267-271 (268).

²⁵³ Arrêt *ITV Broadcasting*, n° 29.

²⁵⁴ V.-L. BENABOU, Chroniques, *Droits patrimoniaux-Communication au public-Télévision connectée-responsabilité de la transmission*, PI, avril 2013, n°47, p. 208-212 (209).

²⁵⁵ CJUE, 13 octobre 2011, *Airfield c/ Sabam*, aff. C-431/09 (n° 74 et 79). Cette décision sera identifiée ci-après comme « l'arrêt *Airfield c/ Sabam* ».

²⁵⁶ Conclusions de Mme l'avocate générale Sharpston relatives à l'affaire *Rafaël Hoteles*, n° 29.

²⁵⁷ Pour Mme Sharpston c'est bien l'article 3 *paragraphe 1* qui demande à être interprété, puisque c'est cette disposition qui confère expressément le droit d'autoriser la « communication au public », notion qui fait l'objet des trois questions posées.

²⁵⁸ Considérant 23 de la directive InfoSoc : « Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute *communication* [...] » (en italique par nous).

²⁵⁹ Conclusions de l'avocate générale Sharpston concernant l'affaire *Rafaël Hoteles*, n° 27 et n° 28.

d'éviter qu'une entreprise qui vend ou loue des appareils de radio ou de télévision ne soit considérée, de ce seul fait comme opérant communication d'œuvres à ses clients. Une simple fourniture d'installation ne constitue pas en soi une « communication au public »²⁶⁰, à partir du moment où l'exploitation d'une œuvre est un « procédé social »²⁶¹. Deux illustrations issues de la jurisprudence de la *CJUE* permettent de distinguer une simple « fourniture d'installation » d'une communication au public.

La première illustration est à trouver dans l'affaire *Airfield c/ Sabam*²⁶². Un fournisseur de bouquet satellitaire prétendait que la télédiffusion initiale par l'organisme de télévision autorisé et l'inclusion du programme dans le bouquet satellitaire ne constituaient qu'une seule communication au public, ce qui le dispensait d'obtenir l'accord des auteurs des œuvres. La *CJUE* admit l'indivisibilité au regard de l'article 1^{er} de la directive N°93/83 « câble et satellite », le fournisseur de bouquet étant contractuellement lié à l'émetteur. Cela ne le dispensait cependant pas, selon l'article 2 de la directive « câble et satellite », de demander l'autorisation des titulaires de droits d'auteur. La *CJUE* eut alors recours à un critère qu'elle avait appliqué sur le terrain de la directive n°2001/29 : « il découle de la jurisprudence de la Cour qu'une (...) autorisation doit être notamment obtenue par la personne qui déclenche une telle communication ou qui intervient lors de celle-ci, de sorte qu'elle rende, au moyen de cette communication, les œuvres protégées accessibles à un public nouveau, c'est-à-dire à un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées dans le cadre d'une autorisation donnée à une autre personne »²⁶³.

Pour la *CJUE*, l'activité du fournisseur de bouquet satellitaire qui regroupe plusieurs programmes ainsi que les codes et fournit à ses abonnés des moyens de décodage, ne se confond pas avec une simple fourniture d'installations physiques destinée à garantir ou à améliorer la réception de l'émission d'origine dans sa zone de couverture, mais constitue bien une intervention, sans laquelle les dits abonnés ne pourraient bénéficier des œuvres diffusées, tout en se trouvant à l'intérieur de la dite zone. Ainsi, ces personnes font parties du public ciblé par le fournisseur de bouquet satellitaire lui-même, ce fournisseur rendant, par son intervention dans le cadre de la communication satellitaire concernée, les œuvres protégées accessibles à un public qui s'ajoute au public visé par l'organisme de radiodiffusion concerné. Il ne s'agit donc pas de prestations techniques pour améliorer la diffusion initiale mais bien de donner accès aux œuvres à un public nouveau : les abonnés du bouquet satellitaire.

La deuxième illustration concerne l'arrêt *ITV-Broadcasting*²⁶⁴. Bien que cet arrêt concerne plutôt la notion de communication dans un contexte en ligne, il est intéressant de noter que la *CJUE* reprend et apprécie dans son arrêt l'objection selon laquelle la « mise à disposition » des œuvres sur *internet* telle que celle effectuée dans l'affaire au principal, constitue un simple moyen technique pour garantir ou améliorer la réception de la radiodiffusion télévisuelle terrestre dans sa zone de couverture. On peut rappeler que l'intervention d'un tel moyen technique doit se limiter à maintenir ou à augmenter la qualité de la réception d'une transmission déjà existante et ne saurait servir pour une transmission différente de celle-ci²⁶⁵.

²⁶⁰ Arrêt *Rafaël Hoteles*, n° 45.

²⁶¹ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts Zugleich Besprechung zu EuGH, Urt.v.15.3.2012- C-162/10- Phonographic Performance (Ireland), und Urt. v. 15.3.2012. –C-135/10-SCF* : GRUR 2012, 576-582 (578).

²⁶² Arrêt *Airfield c/ Sabam*, n° 74, n° 79.

²⁶³ Arrêt *Airfield c/ Sabam*, n° 72.

²⁶⁴ Arrêt *ITV Broadcasting*, n° 30.

²⁶⁵ Voir en ce sens les arrêts *Football Association* n° 194, ainsi que l'arrêt *Airfield c/ Sabam* n°74 et n°79.

Dans la présente affaire cependant, l'intervention de la *TV Catchup* est une *transmission* des œuvres protégées en cause qui est différente de celle effectuée par l'organisme de radiodiffusion concerné. L'intervention de *TV Catchup* ne vise donc aucunement à maintenir ou à augmenter la qualité de la réception de la transmission effectuée par cet organisme. C'est pourquoi, ladite intervention ne peut être considérée comme un simple moyen technique²⁶⁶. L'argumentation de la *CJUE* est intéressante puisqu'elle raisonne *a contrario* de la caractérisation d'une simple fourniture d'installation.

Dans l'affaire *PPL*, développée dans les développements suivants, la *CJUE* reconnaît cependant un acte de « communication au public » alors que ne sont fournis aux clients que les moyens nécessaires pour entrer en contact sensible avec l'œuvre. On peut à ce sujet souligner que, dans ce contexte, la *CJUE* n'emploie ni la terminologie d'*exploitation* d'une œuvre ni d'*utilisation* d'une œuvre ni de l'*emploi* d'une œuvre, mais évoque bien la simple « jouissance »²⁶⁷ d'une œuvre. Il faut bien reconnaître que la différence opérée par la Cour entre « une simple fourniture de moyens » et un acte de « communication au public » en raison de la simple fourniture d'un dispositif et de phonogrammes pouvant être écoutés à l'aide de ce dispositif est assez délicate à faire en pratique. En effet, il semble que la distinction entre un acte relevant d'une communication au public et une « simple fourniture de moyens » ne soit due qu'à la mise en place de phonogrammes (en plus d'un dispositif permettant leur écoute) dans les chambres d'hôtel des clients.

bb- La fourniture de moyens, un acte de communication ?

A la quatrième question préjudicielle de l'affaire *PPL*, la *CJUE* est amenée à apprécier si « l'exploitant d'un établissement hôtelier qui fournit dans les chambres de ses clients, non pas des postes de télévision et/ou de radio, mais un autre dispositif ainsi que des phonogrammes sous une forme physique ou numérique pouvant être diffusés ou entendus grâce à ce dispositif »²⁶⁸ est un utilisateur réalisant un *acte de communication au public* d'un phonogramme, au sens de l'article 8 paragraphe 2 de la directive 2006/115/CE. De manière étonnante, la *CJUE* répond par l'affirmative. Pour justifier sa réponse, la *CJUE* souligne le rôle incontournable de l'exploitant d'un établissement hôtelier.

Tout d'abord, on peut considérer que l'exploitant d'un hôtel a bien un rôle actif et conscient puisqu'il installe dans les chambres de son hôtel un dispositif, c'est-à-dire par exemple un lecteur *CD* ou un *I-Pad* et, en même temps, des phonogrammes sous forme physique ou numérique²⁶⁹, c'est à dire par exemple, des *CD* ou des fichiers musicaux. De plus, le caractère incontournable de l'utilisateur est caractérisé puisqu'il « fournit de cette manière, aux clients, les deux éléments nécessaires leur permettant de jouir des œuvres en cause »²⁷⁰.

La *CJUE* note que le libellé même de l'article 8 § 2 de la directive 2006/115/CE précise qu'il porte sur une « communication *quelconque* au public »²⁷¹. Cette formulation laisse supposer

²⁶⁶ Arrêt *ITV Broadcasting*, n° 27 à n° 29.

²⁶⁷ Il ne s'agit donc ni de l'*exploitation* (*Werkverwertung*) ni de l'*utilisation* (*Werknutzung*) ou de l'*emploi* (*Werkverwendung*) mais de la *jouissance* de l'œuvre (*Werkgenuss*).

²⁶⁸ Question préjudicielle n°4 dans l'affaire *PPL/ Irlande* (C-162/10).

²⁶⁹ Arrêt *PPL/Irlande*, n°56.

²⁷⁰ Arrêt *PPL/Irlande*, n°67.

²⁷¹ Arrêt *PPL/Irlande*, n°61.

qu'un acte d'exploitation autre qu'une radiodiffusion ou qu'une télédiffusion (terminologie incluse dans la terminologie de radiodiffusion) peut constituer une « communication au public ». La *CJUE* a repris les arguments développés dans les conclusions de Mme l'avocate générale *Trstenjak*²⁷² en précisant que la notion de « communication au public » au sens de l'article 8 § 2 de la directive 2006/115 doit être interprétée dans le respect des notions équivalentes visées notamment par l'article 2 sous g) du traité de l'*OMPI* de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Après avoir défini la communication au public d'une interprétation ou d'un phonogramme comme toute transmission au public par un moyen autre que la radiodiffusion, cet article précise que le « terme de communication au public comprend aussi le fait de rendre audibles par le public les sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme ». C'est dans ces circonstances, que la notion de « communication au public » énoncée à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115, doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend également le fait de rendre *audibles* par le public les sons ou les représentations de sons fixés sur un phonogramme.

La *CJUE* caractérise donc une communication au public, alors même qu'elle ne fait nullement référence au caractère réceptif du public. On ne voit pas très bien comment articuler cette argumentation de la *CJUE* avec l'argumentation développée dans l'affaire *SCF/Marco Del Corso*, où les phonogrammes atteignent certes le public présent dans la salle d'attente d'un dentiste, mais où l'existence d'une communication au public n'est pas reconnue. Dans l'affaire *PPL*, l'audition potentielle des phonogrammes par les clients présents dans une chambre d'hôtel suffit à caractériser une communication au public. La qualification juridique de la « fourniture de moyens » traduit donc un certain *paradoxe*²⁷³. L'argumentation de la *CJUE* est d'autant plus critiquable que l'on peut douter du rôle « incontournable » de l'utilisateur. En effet, ce dernier ne transmet aucun signal mais se contente de ne fournir que les éléments aux clients de l'hôtel permettant la jouissance des œuvres en cause. De plus, un parallèle avec l'arrêt *Murphy* n'est pas non plus possible, puisque l'exploitant de l'hôtel dans l'arrêt *PPL* ne permet pas la retransmission d'émission à travers un écran ou des hauts parleurs. On peut noter que la simple mise à disposition ou mise en place d'appareils tel que des *I-pad* ou autres, sans les phonogrammes ne permet vraisemblablement pas de qualifier cet acte de *communication au public*. Il en est de même, lorsque les clients de l'hôtel n'ont accès qu'aux seuls phonogrammes. En effet, l'arrêt *PPL*, ne constate bien le rôle incontournable de l'exploitant d'un hôtel que lorsque ce dernier installe dans les chambres un tel dispositif *et* de tels programmes²⁷⁴. Il n'y a donc communication au public que lorsque les prestations de service de l'hôtelier s'étendent sur les phonogrammes et sur les appareils de phonogrammes. La différence avec une simple fourniture d'installation n'est cependant pas évidente.

La fourniture de moyens constitue selon la *CJUE* une communication au public, ce qui confère une étendue large au droit de communication au public.

b- Une référence au « public nouveau » afin de qualifier un acte de communication

²⁷² Conclusions de Mme l'avocat général *Trstenjak*, dans l'affaire *PPL/Irlande*, n°171.

²⁷³ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* : ZGE / IP 5, 2013, p. 84 -102 (98).

²⁷⁴ Arrêt *PPL/Irlande*, n°67.

La présentation du critère de *public nouveau* afin de qualifier un acte de communication dans un contexte hors ligne précèdera son analyse.

aa- Présentation

Les arrêts *SGAE*²⁷⁵ et *Football Association Premier League*²⁷⁶ dits de la *première génération* formulant des questions préjudicielles liées à la définition et aux contours de la notion de « communication au public » au sens l'article 3 al. 1 de la directive *InfoSoc* prennent en compte la notion d'un *public nouveau* en vue de reconnaître l'existence d'un *nouvel acte* de communication. Alors que cette référence au public nouveau va être reprise par certains arrêts de la deuxième génération, tel l'arrêt « *OSA* »²⁷⁷, l'arrêt *SBS Belgium*²⁷⁸, et l'arrêt *Reha Training*²⁷⁹, il semble que la *CJUE* détache la notion de „public nouveau“ de son contexte initial dans l'affaire *Marco Del Corso*. En effet, la référence au „public nouveau“ prend la forme d'une condition *sine qua non*, dont l'absence empêche la qualification juridique d'un acte de communication au public, au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115.

C'est dans l'arrêt *SGAE* de la *CJCE* en 2006, que le concept de „public nouveau“ apparaît pour la première fois. Le point 40 de cet arrêt dispose: „Il y a également lieu de relever qu'une communication opérée dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal s'analyse, selon l'art. 11 bis, premier alinéa, sous iii), de la convention de Berne, comme une communication faite par un organisme de retransmission différent de l'organisme d'origine. Ainsi, une telle transmission se fait à un public distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'oeuvre, c'est-à-dire à un public nouveau“.

Comme le souligne aussi l'avis proposé au comité exécutif de l'*ALAI* (Association littéraire et artistique internationale) en septembre 2014²⁸⁰, le mot „Ainsi“ n'introduit pas une phrase s'insérant dans une suite logique avec la première phrase. Le fait que la communication soit effectuée par un organisme de radiodiffusion distinct ne veut pas dire que le public visé par cette communication doit être „distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'oeuvre“. Dans le contexte de l'arrêt *SGAE*, ce lien de causalité injustifié, ne semblait pas encore poser de problèmes, puisque la Cour de justice employait la notion de „public nouveau“ dans le sens d'un public auquel l'oeuvre est communiquée par un *nouvel acte* de communication au public.

Concrètement, la Cour de justice considère dans l'arrêt *SGAE*, que la clientèle d'un établissement hôtelier forme un tel « public nouveau », puisque distinct du public visé par l'acte de communication d'origine de l'oeuvre²⁸¹. Dans l'arrêt *Football Association Premier League* aussi, le cafetier ou le restaurateur qui permet à ses clients de voir ou d'écouter des programmes télédiffusés au moyen d'un poste de télévision ou d'un haut parleur procède bel

²⁷⁵ Arrêt *SGAE*, n° 40 et 42.

²⁷⁶ Arrêt *Football Association Premier League*, n° 197.

²⁷⁷ Arrêt « *OSA* », n° 31.

²⁷⁸ Arrêt *SBS Belgium*, n° 27.

²⁷⁹ Arrêt *Reha Training*, n° 45.

²⁸⁰ Voir avis proposé au comité exécutif et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014, sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (*CJUE*), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public, p.11.

²⁸¹ Arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles*, n° 40 et 42.

et bien à une communication à «un public nouveau »²⁸². Ne disposant pas de leurs propres moyens de réception et cela même s'ils sont situés dans une même zone de réception, les clients présents dans un restaurant, dans un café ou dans un hôtel constituent un public supplémentaire, qui n'a pas été pris en considération par les auteurs, lors de l'autorisation de la radiodiffusion ou de la télédiffusion de leurs œuvres²⁸³. Un tel public nouveau permet bien de distinguer l'existence d'un nouvel *acte de communication* au public.

Cette notion de « public nouveau » s'accorde avec la lettre et l'esprit de l'art. 11 bis de la Convention de Berne. En effet, l'art. 11 bis 1) de la Convention de Berne dispose que :

« Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser :

1° la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout moyen servant à diffuser sans fils les signes, les sons ou les images ;

2° toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine » (...).

Tandis que l'art. 11 bis 1) 1° de la Convention de Berne évoque le droit d'un auteur d'autoriser la diffusion, l'art. 11 bis 1) 2° confère aux auteurs le droit d'autoriser la retransmission par câble ou autre moyen, des émissions.

Selon l'étude *Solon*²⁸⁴ de 2006, le texte de l'art. 11 bis 1) de la Convention est un compromis pour mettre d'accord ceux qui souhaitent étendre la protection des auteurs à ce nouveau type de représentation prévu à l'art. 11 bis 1) 2°, et ceux qui voulaient éviter toute extension de leurs droits. Par conséquent, la convention définit en termes très larges le droit exclusif de communication publique et couvre la retransmission d'une émission dans la mesure où elle est effectuée par un organisme *autre* que celui d'origine.

La prise en compte d'un « nouveau public » renforce donc la compréhension extensive de la communication publique²⁸⁵ suggérée par l'art. 11 bis 1) 2° de la convention de Berne, afin de qualifier de communication au public, la « distribution » d'un signal de télévision ou de radio, par l'exploitant d'un hôtel, aux clients installés dans les chambres d'un hôtel, comme par exemple dans l'arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles*. Il faut cependant constater que l'art. 11 bis 1) 2° ne fait pas référence au critère de public nouveau. Le texte de la disposition est limpide. Il n'impose qu'une seule condition : la retransmission par fil ou sans fil doit être faite par un *organisme autre que celui d'origine*.

²⁸² Arrêt *Football Association Premier League et Murphy*, n° 197

²⁸³ Arrêt *Football Association Premier League et Murphy*, n° 197 à 199 ; Arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles*, n° 40 et 42.

²⁸⁴ „Retransmission d'émissions par câble“, Etude sur l'efficacité de la gestion et acquisition des droits de retransmission par câble, commanditée par les principaux câblo-opérateurs européens, et téléchargeable sur le site : (<http://docplayer.fr/22528805-Retransmission-d-emissions-par-cable-etude-sur-l-efficacite-de-la-gestion-et-acquisition-des-droits-de-retransmission-par-cable.html>).

²⁸⁵ Remarque : la convention de Berne emploie la terminologie de « communication *publique* » et non de « communication *au public* » comme le fait la Cour de justice. Ces deux terminologies sont-elles synonymes ?

Dans l'arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles*, les juges de Luxembourg basent leur raisonnement sur un document interprétatif de la convention de Berne²⁸⁶, qui sans avoir force obligatoire est censé apporter un certain nombre de précisions concernant la notion de « public nouveau ». Le guide explique qu'en autorisant la radiodiffusion de son œuvre, l'auteur ne prend en considération que les usagers directs²⁸⁷, c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception, qui individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale captent les émissions. Selon ce guide, dès lors que cette captation se fait à l'intention d'un auditoire plus vaste, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public récepteur est admise à bénéficier de l'écoute ou de la vision de l'œuvre et la communication de l'émission par haut-parleur ou instrument analogue. Il ne s'agit plus de la simple réception de l'émission elle-même, mais d'un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est communiquée à un nouveau public. Ainsi que le précise ledit guide, cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur.

Ce même critère de « public nouveau » a également été repris dans les arrêts de la *CJUE* dits de la « deuxième génération ». Dans l'arrêt *OSA*, la *CJUE* reconnaît qu'à l'instar des clients d'un hôtel, les patients d'un établissement thermal constituent un tel « public nouveau ». La Cour ajoute que l'établissement thermal intervient dans le but de donner accès à l'œuvre protégée à ses patients, qui en l'absence d'une telle intervention ne pourraient en principe pas jouir de l'œuvre diffusée²⁸⁸. De même, les patients d'un centre de rééducation géré par *Reha Training* constituent également un public nouveau, dès lors que des téléviseurs étaient installés dans les salles d'attente et dans la salle d'exercice du centre, permettant aux patients de regarder les émissions télévisées. Sans l'intervention du centre de rééducation, les personnes constituant ce « public nouveau », tout en se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture des dites émissions n'auraient en principe pas pu jouir des œuvres diffusées²⁸⁹. Au contraire, il ressort de l'arrêt *SBS Belgium*, que les abonnés qui sont destinataires des transmissions effectuées par les distributeurs en cause ne sauraient être, *a priori* considérés comme un « public nouveau »²⁹⁰ qui n'a pas été visé par l'acte de communication originaire effectué par l'organisme de radiodiffusion. En effet, ce public avait précisément été visé par SBS, un organisme de radiodiffusion qui diffuse ses émissions exclusivement par la technique nommée « injection directe » en transmettant tout d'abord ses signaux porteurs de programmes à ses distributeurs avant que les distributeurs transmettent à leur tour lesdits signaux à leurs abonnés. L'absence de public nouveau constitue alors un indice supplémentaire permettant d'argumenter en ce sens que l'organisme de radiodiffusion ne se livre pas à un acte de communication au public.

Dans l'affaire *Marco Del Corso et PPL*, la *CJUE* a commencé à détacher la notion de « public nouveau » de son contexte initial²⁹¹, dans lequel, cette notion avait été appelée en renfort de la qualification de communication au public de l'acte concerné. Comme le souligne aussi l'avis de l'association littéraire et artistique internationale, la Cour a procédé à un raisonnement *a contrario*: en l'absence d'un public « nouveau », la retransmission ne se ferait pas « au

²⁸⁶ Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, Document établi par le Secrétariat de l'OMPI, www.wipo.int/.../wipo_grtkf_ic_24_inf_7.

²⁸⁷ Arrêt *SGAE c/Rafael Hoteles*, n° 41.

²⁸⁸ Arrêt « *OSA* », n° 31 et n° 32.

²⁸⁹ Arrêt *Reha Training*, n° 45 et n° 46.

²⁹⁰ Arrêt *SBS Belgium*, n° 27.

²⁹¹ On verra que la Cour de justice détachera de manière définitive la notion de public nouveau de son contexte initial, dans l'arrêt *Svensson*, par exemple, au sujet de l'interprétation de la notion de communication dans un contexte online.

public ». Comme cela a été souligné par la *CJUE* elle-même²⁹², ces deux arrêts ont été rendu dans une affaire relative aux droits voisins. Puisque l'art. 11 bis 1) de la convention de Berne ne concerne que les « auteurs d'œuvres littéraires et artistiques », la compatibilité de la jurisprudence *Marco Del Corso et PPL* avec cet art. de la convention de Berne n'est pas techniquement en cause.

Explicitement absente de l'arrêt *Marco del Corso*, la condition de *public nouveau* est cependant évoquée dans l'arrêt *PPL*²⁹³, afin de qualifier une communication au sens d'un droit voisin et d'un droit à rémunération, dans le cadre de l'art. 8 de la directive 2006/115/CE. En l'espèce, l'hôtelier réalise une communication au public dès lors qu'il transmet une œuvre ou un phonogramme à un public nouveau, c'est-à-dire, à un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs de l'œuvre protégée lorsqu'ils ont autorisé son utilisation par la communication au public d'origine²⁹⁴. Les clients de l'hôtel forment bien un public *distinct et supplémentaire* par rapport à celui visé par l'acte de communication d'origine²⁹⁵, puisqu'en l'absence de l'intervention de l'hôtelier, les clients (même se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture de la dite émission) ne pourraient en principe jouir de l'œuvre diffusée. Cet argument également repris par l'arrêt *Marco Del Corso*²⁹⁶ permet de caractériser le rôle actif d'un utilisateur en la personne d'un dentiste ou d'un exploitant hôtelier comme dans l'affaire *PPL*. En tant que tel, le « public nouveau » ne permet donc pas de caractériser une communication mais plutôt le rôle actif d'un utilisateur²⁹⁷ c'est-à-dire par exemple, d'un exploitant hôtelier.

Dans la mesure où les notions de « communication » et « au public », sont identiques, une grande confusion est créée dès lors que ces mêmes notions sont interprétées et définies de manière différente, selon leur application au droit d'auteur et à un droit exclusif, ou comme dans l'affaire *PPL*, à un droit voisin et à un droit à rémunération, une distinction rejetée par Mme l'avocat général *Trstenjak* dans ses conclusions liées à l'affaire *PPL*²⁹⁸.

bb- Analyse

Alors que la *CJUE* a présenté le critère de „public nouveau“ comme s'il découlait de l'art. 11 bis 1) 2°, de la convention de Berne, il n'en est rien. La disposition de la Convention de Berne n'invoque nullement un „public distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'oeuvre“. Le droit de communication au public ne couvre la retransmission d'une émission que dans la mesure où elle est effectuée par un *organisme autre que celui d'origine*. Cette retransmission peut donc s'adresser au même public, à une partie du même public, ou à un public non visé par la radiodiffusion d'origine. Le critère de „public nouveau“ tel qu'exposé

²⁹² Arrêt *SCF/ Marco del Corso*, n° 74 à 77 ; voir aussi l'arrêt « *OSA* », n° 35.

²⁹³ Arrêt *PPL*, n° 50.

²⁹⁴ V.-L. BENABOU, *Notion de communication au public- Droit à rémunération équitable* : PI, octobre 2012, n°45, *Chroniques*, p. 429-434 (432).

²⁹⁵ Arrêt *PPL*, n° 51.

²⁹⁶ Arrêt *Marco del Corso*, n° 82.

²⁹⁷ Voir aussi A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* : ZGE/IPJ 5, 2013, p. 90.

²⁹⁸ Conclusions de l'avocate générale *Trstenjak* relatives à l'affaire *PPL*, n° 89.

par la *CJUE* semble substituer la notion de „communication à un public nouveau“ à celle de „nouvelle (ou nouvel acte de) communication au public“²⁹⁹.

M. Michaux ajoute, que le raisonnement tendant à constater la présence d'un nouveau public peut également permettre de qualifier un acte juridique de communication, sans pour autant limiter cet acte à une retransmission. Selon lui, ce raisonnement repose sur la prémisse implicite que l'auteur doit obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de ses œuvres. L'auteur doit donc pouvoir *contrôler* (et percevoir les fruits d') une communication qui dépasse celle qu'il a autorisée (ou qui est permise par la loi) dès lors qu'elle atteint un public nouveau. Ce type de prérogative correspond en fait au haut niveau de protection recherché par la directive, et elle s'impose en conséquence pour M. Michaux, comme une *interprétation indispensable*, c'est-à-dire une condition *sine qua non* de la notion de communication au public. Lorsqu'elle est appliquée dans le cadre des droits voisins et des droits à rémunération, et particulièrement dans l'affaire *Svensson* à propos de l'interprétation de la notion de communication dans un monde *online*, une telle prérogative, n'est pas sans rappeler le droit de destination³⁰⁰, bien connu dans le domaine du droit de reproduction, lequel se trouverait de la sorte transposé au domaine de la communication au public. Cette prérogative doit permettre à l'auteur de s'opposer à une utilisation de son œuvre qui dépasse le cadre de l'utilisation initialement prévu dans le cadre d'une autorisation qu'il a accordée ou dans le cadre d'une exception légale. Une telle utilisation constitue en effet, un acte supplémentaire (non prévu) qui justifie l'application du droit exclusif de l'auteur.

Deux remarques permettent de nuancer les développements de M. Michaux. Tout d'abord, comme cela a déjà été souligné, l'absence de la prise en compte d'un *nouveau public* n'empêche pas la Cour de qualifier un acte d'exploitation de *communication au public*, si bien que le nouveau public ne semble pas être un élément indispensable permettant de qualifier une communication au public³⁰¹. D'autre part, le *nouveau public* ne justifie pas seulement la reconnaissance d'une communication au sens du droit exclusif en droit d'auteur, puisque l'arrêt *PPL*, précisément, fait référence à la notion de *communication au public* au sens d'un droit à rémunération en tenant compte du *nouveau public*³⁰². Pour M. von Ungern-Sternberg³⁰³, le fait de définir *une communication au public* en fonction d'un public qui n'a pas été pris en compte initialement par les auteurs de l'œuvre protégée (c'est-à-dire un public nouveau) est critiquable. Selon lui, il vaudrait mieux rechercher si on est en présence d'un acte d'utilisation autonome plutôt que d'accorder de l'importance au public, pris en compte ou non de manière subjective par les auteurs.

Malgré les critiques du professeur et juge J. von Ungern-Sternberg, on peut constater que la *CJUE* qualifie une communication sous forme de retransmission en faisant référence au

²⁹⁹ Voir avis proposé au comité exécutif et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014, sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (*CJUE*), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public, p. 14, à télécharger sur : (<http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf>).

³⁰⁰ Selon Pollaud-Dulian, il s'agit pour l'auteur de contrôler non seulement les modalités de la commercialisation des exemplaires, mais aussi, en aval, certains usages faits par les acquéreurs ou les détenteurs. Voir à ce sujet F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989, n°152.

³⁰¹ Arrêt *ITV-Broadcasting*, n° 38.

³⁰² Arrêt *PPL*, n° 49 et s.

³⁰³ J. von UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts* Zugleich Besprechung zu EuGH, Urt. v. 15.3.2012 C-162/10 Phonographic Performance (Ireland), und Urt. v. 15.3.2012- C- 135/10- *Marco Del Corso* : GRUR 2012, 576.

nouveau public atteint, une argumentation également soutenue par la jurisprudence traditionnelle allemande et française. Selon M. Kraft³⁰⁴, cette référence au *nouveau public* permet de ne pas exclure le titulaire de droit de nouveaux marchés, dont il pourrait profiter. Ce principe se retrouve également au niveau de l'art. 11 bis 1 de la convention de Berne³⁰⁵. Pour M. Kraft, qualifier juridiquement un acte de *communication* sans prendre en compte un *public nouveau* ne serait pas en accord avec le *triple test*. En effet, le *triple test* est une « limite » aux exceptions. L'art. 5.5 de la directive *InfoSoc* dispose que « les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3, et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé, ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droit ». Une interprétation de la *communication* ne prenant pas en compte un public nouveau ou de manière plus générale, un nouveau marché, causerait un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit et ne serait donc pas en accord avec le *triple test*. Ceci est également rappelé par l'arrêt *PPL*³⁰⁶.

De plus, mettre l'accent sur le critère du *nouveau public* permet d'écarter l'existence d'une communication au public, dans le cas de retransmissions techniquement nécessaires pour acheminer le signal. Ainsi, la simple fourniture d'installations, destinée à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi, une communication au sens de la présente directive. Cela semble évident. Pourtant, il n'est pas toujours simple de distinguer ces deux types d'actes en pratique.

D'un point de vue conceptuel d'abord, on constate une différence d'analyse entre les avocats généraux, Mmes Juliane Kokott, Mme Verica Trstenjak et Mme Eleanor Sharpston d'une part, et entre la Commission et la Cour d'autre part. Il existe deux approches inconciliables. La conception *technique*, fondée sur les modalités de transmissions s'est opposée à la conception dite *fonctionnelle*³⁰⁷ (liée à la fonction de la communication) ou *finaliste*³⁰⁸ (liée à la finalité de la communication) mettant en avant l'accès à un « public nouveau ».

Cette différence d'approche a particulièrement été mise en exergue dans l'affaire *Murphy*³⁰⁹ : le propriétaire d'un café-restaurant permet délibérément aux clients présents dans cet établissement d'accéder à une émission radiodiffusée, contenant des œuvres protégées (séquence vidéo d'ouverture, hymnes chantés, graphismes divers) au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs, étant entendu que sans l'intervention dudit propriétaire, ces clients ne peuvent jouir des œuvres radiodiffusées, même s'ils se trouvent à l'intérieur de la zone de couverture de la dite émission. Lorsqu'il s'agit de savoir si la diffusion de programmes télévisés dans un café ou un restaurant constitue une « communication au public » au sens de

³⁰⁴ N. KRAFT, *Urheberrecht: Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe* : EuZW 2013, 425-429.

³⁰⁵ Art. 11 bis de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, du 9 sept. 1886, modifiée dernièrement le 28 sept. 1979. Voir le guide de la convention de Berne, publié par l'organisation mondiale de la propriété Intellectuelle, Genève, 1978, p. 77-81.

³⁰⁶ Arrêt *PPL*, n° 76.

³⁰⁷ Qualificatif choisi par M. Trstenjak, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Marco del Corso*, (n° 102) « L'approche défendue par la Cour met en avant l'objectif de protection appropriée des auteurs indépendamment des modalités techniques ; c'est pourquoi je la qualifierai par la suite d'approche fonctionnelle ».

³⁰⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Construction ou déconstruction du droit de communication au public* : Auteurs & Média, 2012/05, p. 406.

³⁰⁹ Arrêt *Murphy*, n° 195 à 199.

l'art. 3 paragraphe 1 de la directive *InfoSoc*, l'avocate générale Mme Kokott³¹⁰ répond négativement. Pour elle, la directive *InfoSoc* ne s'applique pas en l'espèce. En effet, le public est bien présent dans le bar, donc *présent au lieu d'origine de la communication*, puisqu'elle considère que la communication trouve son origine sur l'écran³¹¹ ! Il s'agit là, d'une curieuse conception de l'origine de la communication, propre à subvertir tout le système en réalité³¹²...

Mme Kokott tout comme la commission défendent ici une « approche technique » de la notion de communication, fondée sur les modalités de transmission et reposant sur la distinction entre le cas d'une retransmission du signal et celui d'un appareil récepteur. A l'inverse de Mme Kokott, l'approche défendue par la Cour met en avant l'objectif de protection appropriée des auteurs, indépendamment des modalités techniques. D'ailleurs, Mme Trstenjak, dans ses conclusions liées à des affaires postérieures caractérisera cette approche de *fonctionnelle*. Ainsi, l'arrêt *Football Association Premier League et Karen Murphy* donne la possibilité à la Cour de clarifier les choses, en soulignant que le public est bien présent dans le bar au lieu de la *transmission* mais *non* au lieu d'origine de la communication et de mettre en avant l'idée de « contact physique et direct »³¹³ pour distinguer la représentation traditionnelle (au théâtre, à l'opéra, au concert) de la « communication au public » au sens de la directive. Allant à l'encontre des conclusions générales de Mme Kokott, la Cour a bien affirmé sa compétence, quant à la recherche d'une définition autonome de la notion de « communication au public ».

Ainsi, pour la Cour de justice, la notion de communication au public s'entend de façon large comme visant toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé³¹⁴ en adoptant au contraire une approche fonctionnelle. Un public nouveau ou distinct constitue donc le « fait générateur » d'un acte d'exploitation pouvant être qualifié de « communication au public ». Le critère du « public nouveau » repose en fait sur une assise assez stable puisqu'il est conforme au droit international, que la directive vise précisément à mettre en œuvre³¹⁵. Ainsi, selon Mme l'avocate générale Sharpston³¹⁶, le texte de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* s'inspire de l'art. 11 bis de la convention de Berne et des traités de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de 1996 en retenant le critère « fonctionnel » de l'absence du public au lieu d'origine de la communication. Implicitement, c'est bien l'élargissement de la diffusion à un nouveau public qui est décisif. De manière explicite cette fois, l'avocate générale Trstenjak précise dans ses conclusions³¹⁷ relative à l'affaire *Del Corso*, que compte tenu des objectifs de la directive *InfoSoc*, il paraît plus convaincant de se fonder sur le cercle de personnes et donc indirectement sur le « public nouveau » visé par l'autorisation ou la rémunération équitable plutôt que sur l'aspect technique.

³¹⁰ Conclusions de J. Kokott relatives à l'affaire *Football Association Premier League et Karen Murphy*, n° 130 à 136.

³¹¹ D'après cette conception technique, la communication ne trouve effectivement pas son origine dans le stade, puisqu'on n'est pas encore en présence d'une œuvre.

³¹² F. POLLAUD-DULIAN, *Construction ou déconstruction du droit de communication au public*, Auteurs&Média, 2012/05, p. 406.

³¹³ Arrêt *Murphy*, n° 201.

³¹⁴ Arrêt *Football Association Premier League et Karen Murphy*, n° 193.

³¹⁵ Arrêt *SGAE c. Rafaël Hoteles*, n° 35.

³¹⁶ Conclusions de l'avocate générale Sharpston, relatives à l'affaire *Rafaël Hoteles*, n° 50 et suiv.

³¹⁷ Conclusions de l'avocate générale Trstenjak concernant l'affaire *Marco Del Corso*, n° 102.

Pour ces raisons et bien que controversée, l'approche fonctionnelle retenue par la *CJUE* de la notion de communication visant le « public nouveau » offre des perspectives intéressantes. En effet, un tel critère renferme un raisonnement qui peut s'appliquer à d'autres cas que celui de la retransmission³¹⁸ et n'est donc pas lié aux faits concrets d'une affaire. Par ailleurs, la qualification d'une communication en fonction d'un « public nouveau » est un critère de nature « objective »³¹⁹. En effet, la prise en compte d'un critère subjectif caractérisant l'ayant droit ou l'auteur n'a pas lieu d'être. La prise en considération au cas par cas des attentes et souhaits qu'avaient les ayants droits lorsqu'ils ont donné l'autorisation de télédiffusion des œuvres, vis-à-vis de la portée effective des télédiffusions postérieures n'a pas d'importance³²⁰. Ce qui importe, c'est précisément le public qui est atteint par l'émission radiophonique ou télévisuelle d'origine afin de déterminer si l'acte d'exploitation atteint un nouveau public³²¹.

2- L'utilisateur

L'utilisateur joue un rôle proprement incontournable dans le contexte de l'interprétation de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE, et plus particulièrement dans le cadre des arrêts *PPL* et *Marco Del Corso*. Le rôle de l'utilisateur en ce qu'il s'identifie à l'exploitant d'un hôtel, l'exploitant d'un centre de rééducation ou l'exploitant d'un établissement thermal est également pris en compte par les arrêts de la *CJUE* relatifs à l'interprétation de la communication au public au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. Avant d'analyser plus particulièrement le changement de perspective dû à la prise en compte de l'utilisateur, notamment dans les arrêts *PPL* et *Marco Del Corso* (b), il est nécessaire de présenter les caractéristiques marquants le rôle de l'utilisateur (a).

a- Présentation

S'appuyant sur des précédents rendus en matière de droit d'auteur³²² concernant le rôle actif de l'utilisateur, c'est dans le cadre de son argumentation liée aux affaires du 15 mars 2012³²³, que la *CJUE* prend pour la première fois en compte, et cela de manière explicite, le rôle de l'utilisateur dans le but de caractériser un acte de communication au public³²⁴. (Bonnes notes de Bas-de-page).

Le rôle de l'utilisateur est pris en compte, que ce soit pour caractériser un acte de communication au public au sens du droit d'auteur et du droit exclusif, ou que ce soit dans le sens d'un droit voisin et d'un droit à rémunération. Avant de présenter à proprement parler le

³¹⁸ B. MICHAUX, *La Cour de justice interprète la notion de communication au public : l'arrêt SGAE c/ Rafaël Hoteles*, Auteurs&Media, 2007/04, p. 309.

³¹⁹ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* : ZGE, IPJ 5 (2013), p. 91.

³²⁰ J. v. UNGERN-STERNBERG : GRUR 2012, 576, 577.

³²¹ J. v. UNGERN-STERNBERG : GRUR 2012, 576, 577.

³²² Arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles*, n° 40 à 42 ; Arrêt *Football Premier League*, n° 195 et s.

³²³ Arrêt *Marco del Corso*, n° 82 ; Arrêt *PPL*, n° 94.

³²⁴ Un acte de communication au public est finalement reconnu au niveau de l'arrêt *PPL* mais non au niveau de l'arrêt *Marco del Corso*, n° 100.

rôle de l'utilisateur, il est nécessaire de rappeler l'origine de cette terminologie, qui porte à confusion.

A première vue, la terminologie d'utilisateur fait penser au consommateur, à l'usager, à une personne physique individuelle, tel le client d'un hôtel, d'un restaurant ou le patient d'un établissement thermal. Force est de constater que le libellé de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* n'emploie pas la terminologie d'utilisateur. Les conclusions générales de Mme *Trstenjak* relatives à l'affaire *PPL*³²⁵ apportent un indice quant à l'identification d'un utilisateur. En effet, elle explique que l'art. 3 al. 1 de la directive *InfoSoc* accorde un droit exclusif absolu, opposable à tous, *erga omnes*. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire de désigner le débiteur de « l'obligation ». En revanche, l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE n'accorde pas de droit exclusif, mais seulement un droit à rémunération équitable. La désignation du *débiteur* de la rémunération équitable au bénéfice du producteur de phonogramme pour la communication au public, c'est-à-dire de l'utilisateur, est donc nécessaire.

L'utilisation de la terminologie spécifique *d'utilisateur* peut surprendre dans ce contexte, mais elle est mentionnée dans la directive 2006/115/CE. Aux termes de l'art. 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115, les Etats membres prévoient un droit d'assurer qu'une *rémunération équitable et unique* est versée par *l'utilisateur* lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisée pour une radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques ou pour *une communication quelconque au public*. C'est sur ce fondement que sont posées les questions préjudicielles par les juridictions de renvoi dans les affaires *PPL* et *Marco Del Corso*. Dans l'arrêt *PPL* pourtant, le rôle de l'utilisateur est bien pris en compte afin de qualifier un acte d'exploitation de « communication au public » et non pas pour désigner le *débiteur* d'une rémunération. C'est en s'inspirant de l'art. 8 al. 2 que la *CJUE* a dégagé le rôle nécessaire et incontournable d'un utilisateur comme élément de définition permettant de qualifier un acte d'exploitation de communication au public.

Que la notion de communication soit interprétée au sens de l'art. 8 al.2 de la directive 2006/115/CE (aa) ou de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* (bb), la caractérisation du rôle de l'utilisateur est un indice, voir un critère déterminant permettant de conclure à l'existence d'un acte d'exploitation.

aa- Notion d'utilisateur dans les arrêts interprétant la notion de communication au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE

Comment caractériser le rôle d'un utilisateur contribuant à la réalisation d'un acte de communication au public ? Dans le cadre de son argumentation liée aux arrêts du 15 mars 2012, la *CJUE* a considéré qu'un utilisateur a un rôle incontournable dès lors qu'il « intervient en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à ses clients à une émission radiodiffusée contenant l'œuvre protégée »³²⁶.

³²⁵ Conclusions de Mme l'avocate générale *Trstenjak*, relatives à l'affaire *PPL*, n° 65 et s.

³²⁶ Arrêt *Marco del Corso*, n° 82 ; Arrêt *PPL*, n° 31.

Tout d'abord, il est nécessaire de constater le rôle actif et non passif de l'utilisateur, qui agit et entreprend une action afin de donner accès à un nouveau public à une émission d'une œuvre protégée ou d'un objet de droits voisin. On peut retenir ici la dimension « objective » de l'acte. Ce rôle actif de l'utilisateur permet de déduire une intention³²⁷, un caractère délibéré dans son action et donc un rôle conscient. D'après la *CJUE*, une « communication au public » est une prestation de service émanant d'un utilisateur « conscient » envers un public³²⁸. La simple mise à disposition au sens matériel du terme, d'une œuvre à un public, ne suffit donc pas. Un utilisateur n'est donc que celui qui agit en ayant l'intention de procurer au public un accès à l'œuvre³²⁹. Considérer que l'utilisateur réalise un acte délibéré et intentionnel revient à prendre en compte une dimension « subjective »³³⁰. Préciser que l'utilisateur doit intervenir « en pleine connaissance des conséquences de son comportement » ne signifie pas que l'utilisateur ait pris *individuellement* connaissance des œuvres qu'il télédiffuse ou met à disposition du public dans les chambres de son hôtel. Pourquoi donc l'utilisateur doit-il jouer un rôle conscient ? Quelle est la portée de ce critère ? Peut-on transposer ce critère en vue de caractériser le rôle de l'utilisateur dans le cadre d'une appréciation de la notion de communication au public au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* ? Dans l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, « la personne qui intervient » et qui joue le rôle d'un utilisateur est une personne morale³³¹. Une personne morale peut-elle intervenir de « manière consciente, en pleine connaissance des conséquences de son comportement » ? Ne s'agit-il pas plutôt de prendre en compte les personnes morales, représentées par des personnes physiques, comme c'est le cas par exemple, pour les exploitants d'un café-restaurant³³², ou d'un établissement thermal³³³ ?

Toujours est-il qu'en précisant le rôle actif et conscient d'un utilisateur considéré comme une personne physique, la Cour semble exclure la transmission accidentelle d'un objet protégé à un public³³⁴. En effet, un acte fortuit ne constitue pas une communication au public. On peut faire un parallèle avec l'exemple évoqué par M. Desbois³³⁵ au sujet des auditeurs (considéré ici, comme des utilisateurs potentiels) qui en augmentant le volume de la réception, voire en ouvrant leur fenêtre, feraient profiter leur voisin du programme diffusé ne procèdent pas à une « communication au public », puisqu'ils n'ont pas *l'intention* de communiquer l'œuvre au public.

³²⁷ Ch. HANDIG : ZUM 2013, 273, Beck-online, « Entscheidend ist aber auch, dass der Nutzer „absichtlich“ tätig wird ». Remarque de Pollaud-Dulian, dans « *Construction ou déconstruction du droit de communication au public* », Auteurs&Media 2012/5, dans lequel il précise que « certains ont pu se demander, si cette condition ne représente pas l'introduction de la bonne foi dans la contrefaçon, alors qu'elle est, par principe indifférente ».

³²⁸ Arrêt *Marco del Corso*, n° 82, Arrêt PPL, n° 31.

³²⁹ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts* : GRUR 2012, 1198- 1206 (1200).

³³⁰ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts* : GRUR 2012, 1198-1206 (1200), où on parle de „Subjektive Tatbestandsmerkmale bei der Nutzung durch öffentliche Wiedergabe“.

³³¹ Dans l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, il est question d'un « établissement hôtelier ». Dans l'arrêt PPL en revanche, on parle bien de « l'exploitant d'un établissement hôtelier ».

³³² Arrêt *Football Association Premier League*, n° 196.

³³³ Arrêt OSA, n° 26.

³³⁴ V.-L. BENABOU, Chroniques, *Notion de communication au public- Droit à rémunération équitable* : PI, octobre 2012, n°45, p. 429-434 (p.429).

³³⁵ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n°269.

N'est donc utilisateur dans le cadre d'une communication au public que celui qui agit avec l'intention de procurer au public un accès à l'œuvre³³⁶. Ce critère subjectif doit-il être démontré ou est-il simplement présumé ? Selon Mme Bénabou, la CJUE admet une « présomption d'acte intentionnel » de la part de l'utilisateur. Le caractère intentionnel de l'acte étant présumé, il ne serait donc même plus question de rechercher des indices permettant de déduire un acte intentionnel de la part de l'utilisateur, mais uniquement des arguments permettant de conclure à la qualification d'un acte *non* intentionnel. M. Pollaud-Dulian³³⁷ argumente aussi en faveur d'une telle présomption, puisqu'il précise qu'il n'est pas nécessaire de *démontrer* une intervention de l'hôtelier au-delà de l'installation des postes de télévision, à propos de l'arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles*. Il déduit cette approche de l'indifférence de la technique utilisée. Qu'il faille démontrer ou non le caractère actif et conscient de l'utilisateur, ce dernier doit de toute façon avoir un rôle incontournable³³⁸.

Le rôle de l'utilisateur est pour ainsi dire indispensable. L'utilisateur intervient en pleine connaissance des conséquences de son comportement *pour donner accès* à ses clients à une émission radiodiffusée contenant l'œuvre protégée. En l'absence de l'intervention de l'utilisateur, les clients, tout en se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée³³⁹. Or force est de constater que la Cour de justice ne précise pas clairement ce que signifie véritablement le fait de *donner accès* à une œuvre ou à un objet protégé. Même une lecture littérale de l'arrêt n'apporte pas de réponse. A partir de quel seuil la personne qui intervient d'une façon ou d'une autre dans le processus de communication doit être considérée en tant qu'intermédiaire possédant une maîtrise suffisante pour être regardée comme responsable d'un nouvel acte de communication ? Quel acte matériel fait que l'on passe d'un statut à l'autre ? Concernant précisément l'acte de « donner accès à une œuvre », l'important n'est pas que l'utilisateur ait eu l'*intention* de fournir un service, mais tout simplement qu'il ait mis en œuvre les conditions de réalisation de la diffusion³⁴⁰ d'une œuvre ou d'un objet protégé. Son intervention consistant à « donner accès » à l'œuvre radiodiffusée à ses clients semble devoir être considérée comme une « prestation de service ». Qu'est-ce qu'une prestation de service ? Peut-on opposer la simple fourniture d'installations physiques à une prestation de service ? Quelles conditions de réalisation doivent-elles être mise en œuvre ? Ayant l'intention de communiquer une œuvre à un public, il s'agit à présent de rechercher le cercle de personnes auquel sa communication est adressée³⁴¹.

Dès lors que l'utilisateur agit avec l'intention de procurer un accès à l'œuvre au public, il n'y a communication au public que lorsque le public n'est pas atteint par *hasard* mais est potentiellement *réceptif*. Il s'agit là d'une condition totalement nouvelle, propre aux deux arrêts du 15 mars 2012. Le rôle de l'utilisateur est donc corroboré par une prestation de

³³⁶ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts Zugleich Besprechung zu EuGH, Urt. v. 15.3.2012 – C-162/10- Phonographic Performance (Ireland), und Urt. v. 15.3.2012 C-135/10- SCF* : GRUR 2012, 576-582 (577).

³³⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Communication au public. Public. Chambres d'hôtel. Lieu privé*. Article 3 de la directive du 22 mai 2001. Chronique. RTD com. Janvier/Mars 2007, p. 85-88 (87).

³³⁸ Arrêt PPL (n° 31), Arrêt Marco Del Corso (n° 82).

³³⁹ Arrêt PPL (n° 31), Arrêt Marco Del Corso (n° 82), Arrêt SGAE (n° 42), Arrêt Football Association Premier League (n° 195).

³⁴⁰ V.-L. BENABOU, *Notion de communication au public-Droit à rémunération équitable*, chroniques : PI, octobre 2012, N°45, p. 429-434 (430).

³⁴¹ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts* : GRUR 2012, 1198-1206 (1199) (*Kommunikationsvorgang*).

service envers un public *réceptif*. C'est ce qui explique vraisemblablement le fait que la *CJUE* mentionne cette caractéristique du public réceptif dans le cadre de l'analyse du caractère lucratif de la communication au public, alors qu'au sens strict, la présence d'un public réceptif précise et complète plutôt le rôle actif de l'utilisateur.

Au vu de l'enchaînement des développements de la *CJUE*, l'importance à accorder à ce critère varie suivant les commentaires. Certains auteurs considèrent que le caractère réceptif constitue un quatrième critère distinct³⁴², à partir du moment, où le caractère réceptif du public ne caractérise pas à proprement parler la notion de public. Pour M. von Ungern-Sternberg, la présence d'un public réceptif est un indice permettant de caractériser l'acte accompli par l'utilisateur d'« intentionnel »³⁴³.

Alors qu'en Allemagne, l'arrêt de la *CJUE* semble avoir été compris dans le sens que le caractère subjectif s'apprécie en fonction du contexte, les commentaires français considèrent que la *CJUE* présume l'acte intentionnel de l'utilisateur. Selon les commentaires allemands, la communication au public, n'est pour la Cour de justice pas une prestation de service unilatérale de l'utilisateur, mais bien plus, un *processus de communication* entre l'utilisateur et les récepteurs³⁴⁴. Il n'y a donc pas d'utilisateur effectuant un acte d'utilisation d'une œuvre, lorsque le cercle de personnes auxquels la communication est destinée n'est pas réceptif à la « communication ». Le cercle de personnes doit donc être réceptif³⁴⁵. Au contraire, lorsqu'un groupe de randonneurs chante une chanson en marchant ou lorsqu'une chanteuse d'opéra s'exerce à fenêtre ouverte, alors il n'y a pas de « prestation de service vis-à-vis d'un public réceptif »³⁴⁶ (le public peut par hasard être réceptif, mais ce n'est pas une prestation de service à son égard). Ce n'est donc que lorsqu'un acte d'exploitation est une prestation de service intentionnelle, dans le but de transmettre l'œuvre à un public *réceptif*, qu'on est en présence d'une communication au public. Par exemple, lorsque la sonnerie d'un téléphone portable retentit dans la rue, il s'agit d'un signal vis-à-vis de celui qui est appelé et non pas d'un acte d'exploitation d'une œuvre. Il en va différemment, lorsqu'une sonnerie de téléphone retentit sur une scène de théâtre. Dans ce cas, il peut s'agir d'un acte d'exploitation d'une œuvre, puisqu'il s'agit d'un acte intentionnel vis-à-vis d'un public *réceptif*. Par conséquent, il y a communication au public, lorsqu'une chanteuse chante dans le cadre d'un concert en effectuant une prestation de service envers un public *réceptif*. Au contraire, la chanteuse n'effectue pas une prestation de service, lorsqu'elle répète dans sa chambre avec la fenêtre ouverte, et cela même si un groupe de personnes se rassemble en bas de sa fenêtre en étant réceptif à son chant. Ce qui est déterminant est donc le fait que l'utilisateur effectue une « prestation de service ».

³⁴² Il s'agit d'un quatrième critère à prendre en considération en plus des trois autres critères concernant le rôle « actif de l'utilisateur », « l'appréhension quantitative et qualitative du public », et « la notion de public nouveau ». Voir à ce sujet V.-L. BENABOU, *Notion de communication au public-Droit à rémunération équitable*, Chroniques : PI, octobre 2012, N°45, p. 429- 434 (429).

³⁴³ Au contraire, selon les commentaires français des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, le caractère intentionnel de l'acte de l'utilisateur et la réceptivité du public sont deux critères distincts. D'après les commentaires français, la réceptivité des destinataires ne semble liée qu'au caractère lucratif de la communication, et non pas au caractère intentionnel de l'acte d'exploitation de l'utilisateur.

³⁴⁴ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts* : GRUR 2012, 1198- 1206 (1200).

³⁴⁵ Arrêt PPL, n° 371 et Arrêt Marco Del Corso, n° 91.

³⁴⁶ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts, zugleich Besprechung zu EuGH, Urt.v.15.3.2012- C-162/10- Phonographic Performance (Ireland), und Urt. v. 15.3.2012- C-135/10- SCF* : GRUR 2012, 576-582 (578).

Le public doit certes être réceptif mais cette réception ne doit pas nécessairement être effective. Par analogie, la réception effective du programme diffusée, qui est tributaire de ce que le client de l'hôtel allume son téléviseur et choisit de regarder une chaîne en particulier n'influence pas la détermination du rôle incontournable de l'utilisateur. De manière plus générale, l'avocat Pergola a déjà évoqué dans les conclusions de l'affaire *EDEGA*, que le titulaire de droit doit être rémunéré pour la simple possibilité juridique de cette jouissance et non pas pour la jouissance effective de l'œuvre³⁴⁷. La Cour de justice accorde donc un rôle déterminant à l'initiative de rendre l'œuvre accessible, peu importe que les clients y aient effectivement accès ou non, c'est-à-dire allument ou non leur poste³⁴⁸ de télévision ou de radio.

En pratique, c'est en 2012 que la *CJUE* avait employé pour la première fois la terminologie « d'utilisateur ». Ainsi, l'exploitant d'un établissement hôtelier, qui fournit dans les chambres de ses clients des postes de télévision et/ou de radio auxquels il distribue un signal radiodiffusé³⁴⁹ est un « utilisateur » réalisant un acte de « communication au public », d'un phonogramme radiodiffusé au sens de l'art. 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115³⁵⁰. Si on se tient aux conséquences pratiques de cet arrêt, l'arrêt de la *CJUE* reprend la solution proposée par Mme l'avocate générale Sharpston³⁵¹. Or la *CJUE* ne suit pas toujours les conclusions de l'avocat général, ni d'un point de vue de l'argumentation, ni en ce qui concerne la solution qui en découle concrètement³⁵². Dans l'affaire *Del Corso*, le recours préjudiciel soumettait à la Cour pratiquement la même problématique que dans les cas liés aux hôtels, à ceci près que l'acte critiqué n'était pas la communication aux clients par l'exploitant de l'hôtel grâce à l'installation de matériel de réception dans les chambres mais la diffusion de programmes radiodiffusés dans le cabinet d'un dentiste. Pour l'avocate générale, Mme Trstenjak, un dentiste joue un rôle actif, conscient et incontournable puisqu'il « rend ses émissions de radio audibles » aux patients dans son cabinet au moyen d'un appareil de radio et communique indirectement les phonogrammes utilisés». De plus, le dentiste ne procède donc pas seulement à une fourniture d'installation, mais communique bien les phonogrammes au public. En effet, il rend lui-même les émissions de radio audibles par ses patients et par conséquent, indirectement, les phonogrammes utilisés dans les émissions de radio³⁵³. Ce n'est pourtant pas ce qu'a jugé la Cour. Alors que la *CJUE* reconnaît le rôle actif³⁵⁴, conscient et incontournable³⁵⁵ du dentiste dans la diffusion des programmes à ses patients, l'absence d'un public réceptif destinataire de l'action du dentiste fait défaut et empêche de qualifier son acte de « communication ».

³⁴⁷ Voir n° 22 des conclusions du 9 septembre 1999 de l'avocat général *La Pergola* relatives à l'affaire *EDEGA* (*CJCE*, 3 février 2000, C-293/98).

³⁴⁸ Arrêt *Rafaël Hoteles*, n° 43.

³⁴⁹ Arrêt *PPL*, n° 40.

³⁵⁰ Arrêt *PPL*, n° 47.

³⁵¹ Mme Sharpston a néanmoins un autre raisonnement.

³⁵² La *CJUE* veille à l'application du droit de l'Union et à l'uniformité de son interprétation sur le territoire de l'Union (art.267 TFUE). La Cour n'est donc pas une juridiction de fond. Elle ne devrait donc pas juger les faits, mais seulement le droit. Voir Arrêt *Marco Del Corso*, n° 93.

³⁵³ Conclusions de Mme Trstenjak dans l'affaire *Marco Del Corso*, n° 92 et s.

³⁵⁴ Le dentiste est bien actif puisqu'il prend l'initiative de rendre la télédiffusion accessible à un public qui ne dispose pas de moyens de réception. De son rôle actif, la cour déduit le rôle intentionnel du dentiste qui intervient délibérément. Arrêt *Marco del Corso*, n° 94.

³⁵⁵ Sans l'intervention du dentistes, et bien que se trouvant dans la zone de réception des programmes, les patients ne pourraient jouir de ceux-ci. Arrêt *Marco del Corso*, n° 94.

Alors que le caractère réceptif des patients d'un dentiste n'est pas reconnu par la Cour dans l'arrêt *Marco Del Corso*³⁵⁶, en raison du fait que les patients sont atteints de manière fortuite et indépendamment de leur volonté, la *CJUE* reconnaît au contraire de manière « placative » et sans entrer dans les détails que les clients de l'hôtel dont il est question dans l'arrêt *PPL* sont réceptifs.

Au niveau de l'affaire *Marco Del Corso*, le caractère *réceptif* du public limite la protection des droits voisins, puisque la Cour considère qu'il n'y a pas de *communication au public*. Dans l'affaire *PPL/Irlande* et dans un autre contexte que le cadre classique d'une télédiffusion ou d'une radiodiffusion, la Cour reconsidère le champ d'application de la *communication au public*. Dans ce cadre, le caractère *réceptif* du public et le rôle de l'utilisateur permettent d'élargir le champ d'application de la *communication au public*. Selon la quatrième question préjudicielle, la Cour est amenée à apprécier si « l'exploitant d'un établissement hôtelier qui fournit dans les chambres de ses clients, non pas des postes de télévision et/ou de radio, mais un autre dispositif ainsi que des phonogrammes sous une forme physique ou numérique pouvant être diffusés ou entendus grâce à ce dispositif, est un « utilisateur » réalisant un acte de « communication au public » d'un phonogramme, au sens de l'art. 8 paragraphe 2 de la directive 2006/115³⁵⁷. La *CJUE* y répond par l'affirmative.

Il s'agit d'analyser d'une part, l'importance accordée par la *CJUE* au rôle de l'utilisateur, avant d'apprécier le rôle du public.

Tout d'abord, l'utilisateur a bien un rôle actif et conscient puisqu'il installe dans les « chambres de son hôtel un tel dispositif et de tels phonogrammes ». Par ailleurs, le caractère « incontournable » de l'utilisateur est caractérisé puisque la *CJUE* précise que l'hôtelier « fournit de cette manière, aux clients, les deux éléments nécessaires leur permettant de jouir des œuvres en cause »³⁵⁸.

On peut cependant noter que contrairement à l'arrêt sur les dentistes, la présence d'un public réceptif n'est pas requise. De manière étonnante, la Cour a repris les arguments de Mme l'avocat général Trstenjak, qui précise que l'art. 8 § 2 de la directive 2006/115³⁵⁹ vise l'utilisation du phonogramme de commerce pour une radiodiffusion ou pour une « communication *quelconque* au public ». Cette formulation laisse supposer qu'un acte d'exploitation autre qu'une radiodiffusion ou qu'une télédiffusion (terminologie incluse dans la terminologie de radiodiffusion) peut constituer une « communication au public ». Or la notion de « communication au public » au sens de l'art. 8 § 2 de la directive 2006/115 doit être interprétée dans le respect des notions équivalentes visées notamment par le *WPPT*, et de façon compatible avec celles-ci.

C'est donc à la lumière de l'art. 2 sous g) *WPPT* visant la « communication au public », que l'art. 8 § 2 doit être interprété. L'art. 2, g) du traité de l'*OMPI* de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, qui après avoir défini la communication au public d'une interprétation ou d'un phonogramme comme toute transmission au public par un moyen autre que la radiodiffusion, précise que le « terme de communication au public comprend aussi le fait de rendre audibles par le public les sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme ». C'est dans ces circonstances, que la notion de « communication au public » énoncée à l'art. 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115, doit être interprété en ce sens

³⁵⁶ Arrêt *Marco Del Corso*, n° 98.

³⁵⁷ Question préjudicielle n°4 dans l'affaire *PPL* (C-162/10).

³⁵⁸ Arrêt *PPL*, n° 67.

³⁵⁹ Arrêt *PPL*, n° 63.

qu'elle comprend également le fait de rendre *audibles* par le public les sons ou les représentations de sons fixés sur un phonogramme.

Pour caractériser un acte d'exploitation de « communication au public », dans ce contexte, la *CJUE* ne fait pas référence à un « public réceptif ». Ici, les phonogrammes ne doivent être qu'audibles. Il y a donc un paradoxe³⁶⁰, puisque dans l'affaire du dentiste, le public est même atteint, et les phonogrammes ne sont pas seulement rendus audibles. Pourtant, contrairement à l'acte de l'hôtelier, l'acte du dentiste n'est pas considéré comme étant une « communication au public » par la *CJUE*.

On peut de plus, douter du fait que l'utilisateur joue un rôle « incontournable ». En effet, il ne fournit que les éléments permettant de jouir des œuvres en cause³⁶¹. Or à travers son action, force est de constater que l'hôtelier ne donne pas à ses clients une possibilité de « réception » (*keine Empfangsmöglichkeiten*). Cela ne concerne pas un signal distribué.

L'hôtelier ne permet aux clients que l'utilisation (*Benutzung*) d'œuvre ou d'objets protégés. On peut même dire que, contrairement à l'arrêt *Murphy*, l'hôtelier ne permet pas non plus la retransmission d'émission à travers un écran ou des hauts parleurs. Bien au contraire, il ne « met à disposition », ou ne « met en place » que des moyens afin que les clients puissent jouir des œuvres. A partir du moment où il met à la disposition de ses clients un appareil sans les phonogrammes, alors l'acte réalisé par l'hôtelier ne peut pas être qualifié de « communication au public ». Il en est de même, lorsque les clients de l'hôtel n'ont accès qu'aux seuls phonogrammes.

Ainsi, ce n'est que lorsque les prestations de service de l'hôtelier s'étendent sur les phonogrammes et sur les appareils de phonogrammes, que la Cour de justice de l'Union Européenne considère qu'on est en présence d'une communication au public. La différence avec une simple fourniture d'installation n'est cependant pas évidente.

bb- Notion d'utilisateur dans les arrêts interprétant la notion de communication au sens de l'art. 3 al. 1 de la directive *InfoSoc*

Dès 2006, c'est le rôle actif de l'utilisateur qui a été mis en avant. Dans les arrêts *SGAE c/ Rafaël Hoteles* et dans l'arrêt *Football Premier League Association*, la Cour n'emploie pas expressément le terme « d'utilisateur » mais elle évoque plutôt la personne (morale ou physique) prenant une *initiative*. En effet, dans les deux arrêts, la personne prenant une initiative est un établissement hôtelier.

Depuis l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles* de 2006, il est évident que la « simple fourniture d'installations physiques », ne constitue pas en tant que telle une communication au sens de la directive *InfoSoc*³⁶². Pour qu'il y ait « communication » au public au sens de l'art. 3§ 1 de cette directive un signal doit être *distribué* au moyen d'appareils de télévision par un établissement

³⁶⁰ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* : ZGE / IP 5, 2013, p. 84 -102 (98).

³⁶¹ Arrêt *PPL*, n° 67.

³⁶² Arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, (n° 46).

hôtelier aux clients installés dans les chambres de cet établissement, peu importe la technique de transmission du signal utilisée³⁶³.

La solution de l'arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles* ne fait guère de doute³⁶⁴. D'une part, « il résulte [...] en particulier des termes de distribution de l'œuvre radiodiffusée [...] au moyen d'appareils de télévision, qu'un hôtelier qui *installe*, dans les chambres de son établissement, des appareils de télévision aptes à capter les émissions radiodiffusées se livre à un acte de communication au public nouveau que constitue la clientèle³⁶⁵ ». D'autre part, « la distribution d'un signal au moyen d'appareils de télévision, telle que visée au point 46 de l'arrêt *SGAE* [...] doit s'entendre, au sens large, comme toute *intervention technique* de l'hôtelier, sans considération de la configuration concrète de l'équipement installé dans son établissement, permettant au client de capter le signal dans sa chambre et d'accéder ainsi à l'œuvre radiodiffusée³⁶⁶ ».

La question est donc permise de savoir, si le rôle de l'utilisateur doit être pris en compte dans le but de qualifier une communication au public au sens de l'art. 3 de la directive 2001/29. Or l'arrêt « *Broadcasting* », dont les questions préjudicielles étaient posées sur le fondement de l'art. 3 de la directive 2001/29 ne tient pas compte du rôle de l'utilisateur. Il n'y est fait référence qu'aux arrêts *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, *Murphy* et *Football Premier League Association* caractérisant eux-même une « communication au public » au sens de l'art. 3 paragraphe 1 de la directive *InfoSoc*.

Dans ces trois arrêts pourtant, la *CJUE* fait référence à une personne (physique ou morale) prenant une initiative³⁶⁷. On ne peut cependant pas soutenir que les deux arrêts du 15 mars 2012 prenant en compte le rôle de l'utilisateur s'inscrivent dans une sorte de filiation avec les arrêts *SGAE*, *Murphy* et *Football Premier League Association*. Dans ces trois arrêts en effet, le fait de constater que l'acte d'exploitation était réalisé envers un *public nouveau* avait une plus grande importance que la prise en compte d'une personne prenant une initiative ou *a fortiori* de son caractère intentionnel. Un lien entre ces trois arrêts et les arrêts du 15 mars 2012 pourrait exister à propos de la référence à un « public nouveau ». Néanmoins, la référence indirecte au « public nouveau » dans le cadre de l'arrêt *PPL* du 15 mars 2012³⁶⁸ permet justement de souligner le rôle actif de l'utilisateur.

Pour Mme Idot et pour M. Caron au contraire, il est nécessaire de souligner le rôle actif de l'hôtelier ou du propriétaire du café restaurant³⁶⁹. Dans le contexte de la directive 2001/29/CE, la Cour a souligné le rôle incontournable de l'utilisateur et jugé que l'exploitant d'un établissement hôtelier et d'un café-restaurant réalise un acte de communication, au sens de l'art. 3, paragraphe 1, de ce texte, lorsqu'il intervient en pleine connaissance des

³⁶³ A. LUCAS, *Chroniques Droit d'auteur et droits voisins* : PI, janvier 2007, N°22.

³⁶⁴ X. DAVERAT, *Un an de droit de la musique* : CCE, N°4 avril 2011, chron. 4.

³⁶⁵ n° 39, *CJUE*, ord., 18 mars 2010, aff. C-136/09 – *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon contre Divani Akropolis Anonimi Xenodocheiaki kai Touristiki Etaireia*, (n° 39), identifiée par la suite comme l'affaire « *Sillogikis contre Divani Akropolis* ».

³⁶⁶ Arrêt *Sillogikis contre Divani Akropolis* (n° 41).

³⁶⁷ Arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, n° 40 à 42 ; Arrêt *Murphy*, n° 195 et s., Arrêt *Football Association*, n° 196.

³⁶⁸ Arrêt *PPL*, n° 50.

³⁶⁹ Ch. CARON, *les multiples apports de l'arrêt Premier League à la propriété intellectuelle* : CCE, n°12, décembre 2011, comm. 10 ; L. IDOT, *Droits d'auteur et utilisation de phonogrammes dans des lieux publics*, Europe n°5 Mai 2012, comm. 27.

conséquences de son comportement, pour donner accès à ses clients à une émission radiodiffusée contenant l'œuvre protégée³⁷⁰. En effet, sans l'intervention du propriétaire du pub qui installe un téléviseur, ses clients ne pourraient y jouir des œuvres diffusées, tout en se trouvant à l'intérieur de la zone de diffusion de ces dernières. En d'autres termes, le rôle actif du tenancier est ici incontestable comme l'est celui de l'hôtelier qui met à la disposition de ses clients des programmes dans ses chambres. Pour M. Caron et pour Mme Idot, il ne s'agit donc pas seulement de constater l'installation des postes récepteurs dans les chambres d'un hôtel, par exemple, mais également de démontrer l'intervention de l'hôtelier qui met à la disposition de ses clients des programmes.

On peut toutefois critiquer le fait que les arrêts *Murphy* et *SGAE c/ Rafaël Hoteles* semblent faire référence au « rôle incontournable » de l'utilisateur, alors qu'il s'agit d'interpréter la notion de communication au public au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. En effet, l'art. 3 de la directive *InfoSoc* dans sa définition de la communication au public ne prévoit à aucun moment une référence à un « utilisateur ». Pourquoi donc faire référence à la notion d'utilisateur lorsqu'il s'agit d'interpréter la notion de communication au public au sens du droit d'auteur ? La notion d'utilisateur est évoquée par la directive 92/100, à l'art. 8, bien que même dans ce contexte, elle n'est pas un élément de définition de la *communication au public* mais désigne tout simplement le débiteur de la rémunération.

Faire référence à l'utilisateur dans le but de qualifier un acte juridique est donc très critiquable, ne serait-ce que d'un point de vue purement méthodologique. On peut cependant souligner que c'est particulièrement dans le cadre des deux arrêts du 15 mars 2012 et donc dans le cadre des droits voisins, que la *CJUE* semble opérer un changement de perspective, en définissant les droits en fonction des actes réalisés par l'utilisateur et non plus en fonction de ceux de l'auteur. Dans les arrêts liés au droit d'auteur, la référence à l'utilisateur est plus indirecte, voir même inexistante, dans l'arrêt *ITV Broadcasting*, par exemple. C'est un des aspects qui permet de considérer qu'on a une fragmentation du concept de communication au public suivant qu'il s'agit de la communication au public au sens du droit d'auteur ou au sens des droits voisins. Or même en droit d'auteur, la communication est une notion à géométrie variable.

b- Analyse : le rôle de l'utilisateur, un changement de perspective ?

Les arrêts de la Cour de justice de l'Union Européenne ont été commentés de façon différente par la doctrine. Pour Mme Bénabou, l'utilisateur joue un rôle actif et conscient dans l'acte de communication au public, et il doit être la condition nécessaire de l'accès à l'objet protégé. A première vue, cette condition est applicable indifféremment au droit à rémunération équitable et au droit exclusif d'auteur comme c'est le cas au niveau des arrêts *SGAE c/ Rafaël Hoteles* et *Premier League*. En effet, la Cour semble vouloir exclure de la notion de communication au public la transmission accidentelle d'un objet protégé à un public³⁷¹. Bien qu'ayant reconnu un acte de communication au public, l'arrêt *ITV Broadcasting*, ne fonde pas son argumentation sur le rôle actif et conscient de l'utilisateur. Cette constatation remet en cause les propositions de Mme Bénabou, qui supposait la condition du rôle actif de

³⁷⁰ L. IDOT, *Droits d'auteur et utilisation de phonogrammes dans des lieux publics* : Europe n°5 Mai 2012, comm. 27.

³⁷¹ V.-L. BENABOU, *Notion de communication au public- droit à rémunération équitable* : PI, octobre 2012, n°45, Chroniques, p. 429- 434.

l'utilisateur comme étant un critère nécessaire et semble-t-il suffisant. Ainsi, au vu de l'argumentation développée en droit d'auteur par la Cour dans l'arrêt *ITV Broadcasting*, on peut douter du fait que la condition de l'utilisateur actif et conscient est indifféremment applicable au droit à rémunération équitable et au droit exclusif en droit d'auteur. Pour M. von Ungern-Sternberg d'ailleurs, la référence à un utilisateur dans les arrêts *SGAE* et *Premier League* n'est pas de même nature que la référence à un utilisateur dans les arrêts du 15 mars 2012 nommés arrêts *PPL* et *Marco del Corso*, où le juge européen semble opérer un véritable changement de perspective.

Selon M. von Ungern-Sternberg, en effet, les arrêts du 15 mars 2012 proposent une nouvelle compréhension des droits patrimoniaux³⁷². Pour lui, les critères utilisés par la *CJUE* démontrent une nouvelle conception. Ainsi, les droits patrimoniaux ne décrivent plus le monopole d'action de l'auteur et les utilisateurs ne se situent plus dans une « concurrence des intérêts » avec l'auteur puisqu'ils ne réalisent plus des actes d'exploitation réservés initialement à l'auteur. Ce qui est donc avant tout protégé par la propriété intellectuelle n'est donc plus l'auteur et son rapport à l'œuvre, ni même le contrôle exercé par l'auteur sur son œuvre, quelque soit son utilisation.

D'après la nouvelle conception de la *CJUE*, l'objet des droits patrimoniaux est de permettre aux utilisateurs d'exploiter des œuvres protégées. Selon M. von Ungern-Sternberg, cette nouvelle conception est d'ailleurs transposable à l'exploitation des œuvres sous forme corporelle. On peut donc dire que la Cour de justice de l'Union Européenne a véritablement effectué un changement de perspective. Désormais, afin de qualifier juridiquement un acte d'exploitation de *communication au public*, il faut considérer en premier lieu le *rôle central* de l'utilisateur.

Pour M. von Ungern-Sternberg, la notion de *communication au public*, telle que l'interprète la *CJUE*, est à comprendre de la façon suivante: la communication au public est une prestation de service de l'utilisateur vis-à-vis d'un cercle de récepteurs potentiels³⁷³. L'utilisateur agit dans le but de permettre au public réceptif la jouissance d'une œuvre qui sans son intervention ne serait pas possible. Afin de qualifier la prestation de service de l'utilisateur, deux conditions cumulatives doivent être réunies. Premièrement, l'utilisateur doit agir en connaissance de cause. Deuxièmement, le public doit être réceptif.

Tout d'abord, préciser que l'utilisateur agit en connaissance de cause, cela signifie qu'il agit avec l'intention de permettre au public un accès à l'œuvre. Pour qualifier un acte juridique de *communication au public*, il faut prendre en compte des caractéristiques subjectives qui sont liées à la personne de l'utilisateur. C'est en tenant compte de ces caractéristiques, que la Cour de justice de l'Union Européenne apprécie si l'utilisation d'une œuvre³⁷⁴ est une exploitation pouvant faire l'objet d'un droit d'auteur³⁷⁵ ou non. Pour M. von Ungern-Sternberg, la communication au public s'analyse donc bien comme la *prestation de service d'un utilisateur vis-à-vis d'un public*. Par conséquent, l'œuvre ne peut pas être simplement *mise à disposition vis-à-vis d'un public*, de manière purement « objective ». Il faut en plus que l'utilisateur agisse avec intention en vue d'accorder un accès à l'œuvre au public et cela de manière ciblée.

³⁷² J. von. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts* : GRUR 2012, 1198.

³⁷³ J. von UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts Zugleich Besprechung zu EuGH, Ur. v. 15.3.2012 C-162/10 Phonographic Performance (Ireland), und Ur. v. 15.3.2012- C- 135/10- SCF* : GRUR 2012, 576.

³⁷⁴ Traduction en allemand : *Werkverwendung*.

³⁷⁵ Traduction en allemand : *Werknutzung*.

De plus, le public doit être réceptif, puisque la communication constitue par nature un acte social. Par conséquent, le public ne doit pas avoir été atteint de manière fortuite. C'est ce qui justifie la réponse de la CJUE qui considère que la retransmission d'une émission radiodiffusée sous forme de musique d'ambiance dans les pièces d'un cabinet médical n'est pas une communication au public au sens du droit d'auteur européen³⁷⁶, puisque le public n'est pas réceptif.

Cette conception qui consiste à décrire les actes non pas comme émanent des auteurs mais bien des utilisateurs (c'est-à-dire hôteliers, dentistes etc.) en prenant soin de relever que l'utilisateur agit en connaissance de cause et que le public est réceptif, ne trouve pas d'équivalent sur le plan national, que ce soit en droit français ou en droit allemand.

En Allemagne, peu importe qu'un utilisateur agisse en connaissance de cause. C'est le rôle de l'auteur qui est important. En effet, c'est en adoptant la perspective de l'auteur que la loi allemande dégage les critères permettant de qualifier un acte d'exploitation³⁷⁷. L'art. 11 de la loi sur le droit d'auteur allemand³⁷⁸ dispose que « le droit d'auteur protège l'auteur dans sa relation personnelle et intellectuelle à l'œuvre » tout comme « l'exploitation de l'œuvre ». L'auteur contrôle donc l'exploitation de l'œuvre protégée. Indépendamment des limites (en France, les exceptions) reconnues au droit exclusif de l'auteur, la doctrine traditionnelle allemande n'attache pas d'importance à la volonté ni même aux motifs économiques de l'utilisateur d'une œuvre en la personne de l'hôtelier par exemple³⁷⁹. Ce n'est qu'en 2002³⁸⁰ que l'objectif poursuivi par la loi sur le droit d'auteur a été complété et élargi en ce que la loi doit assurer une redevance équitable pour l'exploitation des œuvres³⁸¹.

En ajoutant cet aspect dans la loi sur le droit d'auteur, le législateur allemand souligne que c'est bien l'exploitation de l'œuvre réalisée par l'utilisateur ou l'auteur qui est réglementé par les textes. Bien qu'à l'art. 15 de la loi sur le droit d'auteur, on insiste sur le fait que les droits patrimoniaux sont des actes relevant de la compétence de l'auteur³⁸², cette approche unilatérale ne reflète plus les différentes facettes que peuvent recouvrir l'exploitation d'une œuvre aujourd'hui. Aujourd'hui, les œuvres sont exploitées en masse, sans même que les œuvres précisément concernées soient distinguées au niveau de la prise en compte des droits. L'exemple typique est celui de la rémunération pour copie privée sur les appareils permettant d'effectuer des reproductions³⁸³ qui n'a plus rien avoir avec l'utilisation effective de l'œuvre. Par conséquent, on ne peut pas soutenir, que l'auteur d'une œuvre réalise de tels actes d'exploitation.

³⁷⁶ Arrêt *Marco del Corso*, n° 98.

³⁷⁷ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts* : GRUR 2012, 1198.

³⁷⁸ Traduit de l'allemand : „§ 11 UrhG Satz 1: *Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes*“.

³⁷⁹ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts* : GRUR 2012, 1198.

³⁸⁰ Disposition prévue à l'article 11 de la loi sur le droit d'auteur allemand et introduite par la loi traitant des contrats d'exploitation en droit d'auteur du 22. 3. 2002. (en allemand : *Gesetz zum Urhebervertragsrecht*).

³⁸¹ Traduit de l'allemand : „§ 11 Satz 2 : *Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes*“.

³⁸² Traduit de l'allemand : „§ 15 (1) Der Urheber hat das ausschliessliche Recht [...]“ et „§ 15 (2) Der Urheber hat ferner das ausschliessliche Recht [...]“.

³⁸³ Le système allemand de rémunération pour copie privée repose sur un assujettissement non seulement des supports, mais aussi des appareils permettant d'effectuer des reproductions (voir § 54 UrhG).

Au vue de l'argumentation développée par la Cour dans l'arrêt *ITV-Broadcasting*, l'argumentation juridique reposant sur la prise en compte du rôle de l'utilisateur semble réservée en premier lieu à l'interprétation de la notion de communication au public au niveau des droits voisins. Pour M. von Ungern-Sternberg aussi, il semble que la Cour adopte une approche différente entre les droits voisins et les droits d'auteur. Mais il reste malgré tout convaincu que la tendance générale s'oriente vers une prise en compte de moins en moins marquée des intérêts de l'auteur au niveau européen. Finalement, ces remarques soulèvent la question de la nature et du fondement du droit d'auteur et des droits voisins. Il s'agit donc d'un vaste débat dont les implications philosophiques et politiques sont évidentes.

D'un point de vue français aussi, l'argumentation développée par la Cour au niveau des deux arrêts du 15 mars 2012, en ce que « la communication au public » est définie du point de vue de l'utilisateur remet fondamentalement en cause la conception de droit d'auteur (au sens large) reposant sur l'idée d'un droit exclusif en faveur de l'auteur ou du titulaire de droits voisins. Le droit d'auteur français est centré sur la personne de l'auteur et cela ne saurait prêter à discussion. L'art. L.122-1 du *CPI* dispose bien que « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ». Ce protectionnisme de l'auteur par le droit d'auteur français s'explique aussi en partie par le fait que très peu d'exceptions en France font l'objet d'une rémunération³⁸⁴ alors qu'en Allemagne, les exceptions donnent souvent droit à une rémunération. Pourtant, la protection des intérêts de l'auteur comme justification du droit d'auteur n'exclut pas la prise en compte d'autres justifications. M. Darras³⁸⁵ l'avait déjà perçu, et suggérait que le droit pécuniaire reposait à la fois « sur l'idée de travail à récompenser » et « sur l'idée de personnalité humaine à respecter ». Or la thèse de la récompense conduit naturellement à regarder le droit d'auteur comme une incitation à la création. Affichée par la Constitution des Etats-Unis d'Amérique³⁸⁶, cette justification continue à jouer un rôle essentiel, et elle se retrouve au premier rang chez les tenants de la théorie de l'analyse économique des droits³⁸⁷. Cette justification se retrouve dans les documents de l'Union européenne. Outre le fait que le droit d'auteur est accordé sans égard à l'intérêt de telle ou telle œuvre pour la société, on a fait remarquer à juste titre que les auteurs de l'avaient pas attendu pour créer³⁸⁸. Mais ces différentes approches montrent la nécessité qu'il y a dans tous les systèmes de trouver un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux du public. La conception française personnaliste implique certes une hiérarchie des intérêts favorable par principe à l'auteur, qu'on ne retrouve pas de manière aussi marquante dans la tradition du *copyright*. La France n'en fait pas moins une place à l'intérêt public.

On peut supposer qu'en raison de conceptions différentes de la notion de *communication au public* en France et en Allemagne, la transposition de l'argumentation de la *CJUE* au niveau national va être complexe. Comme déjà soulignée dans le chapitre précédent, la diffusion de musique d'ambiance dans un cabinet dentaire constitue en droit allemand une communication

³⁸⁴ En France, des modes de compensation sont prévus aux articles L.331-1 *CPI* et s., qui instaurent et réglementent le régime de la rémunération pour copie privée.

³⁸⁵ DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, Arthur Rousseau, 1887, n°21.

³⁸⁶ " ... to promote the progress of science and useful arts". Comp. l'intitulé du *Statute of Anne* de 1709.

³⁸⁷ M. LEHMANN, *The theory of property rights and the protection of intellectual and industrial property*, 16 IIC, 525 (1985).

³⁸⁸ G. BOYTHA, *The justification of the protection of author's rights as reflected in their historical development*: RIDA 1/1992, p. 53-101.

au public³⁸⁹, puisqu'il importe peu que le public soit réceptif ou pas. Le public peut donc avoir été atteint de manière fortuite.

On peut essayer de transposer l'argumentation développée par la CJUE dans l'affaire *Marco del Corso* à des cas concernant des scènes de tournage. Dans ce cadre, un certain nombre d'œuvres peuvent avoir été filmées car elles contribuent au contexte : les affiches, les tableaux, et les sculptures apportent une ambiance. En droit allemand, filmer et montrer ces œuvres constitue bien une *communication au public*, mais cet acte relève d'une exception (ou limitation) au droit exclusif de l'auteur³⁹⁰. Selon l'argumentation de la CJUE au contraire, ces œuvres intégrées dans un certain contexte ne seraient même pas exploitées au sens juridique du droit d'auteur. En effet, pour la CJUE, le public n'est pas à proprement parler réceptif, pour ces œuvres reléguées au second rang. Comment se positionne la France ? Peut-on dans ce contexte évoquer la théorie de l'accessoire ? Si l'œuvre figure en arrière-plan du sujet principal de la photographie et n'en constitue que l'accessoire (ex/ tournage d'une scène dans un intérieur avec des tableaux) le droit du sculpteur, ou du peintre n'a pas été atteint³⁹¹. C'est en quelque sorte une citation permise avec une certaine audace par le juge, même si elle n'est pas toujours identifiée³⁹².

Les difficultés de « transposition » de l'argumentation de la jurisprudence de la CJUE (et cela particulièrement, si on considère qu'on est en présence que d'une seule notion de communication), à des cas similaires en France et en Allemagne vont être d'autant plus grandes que la mise en œuvre même du raisonnement en pratique par la Cour elle-même est critiquable.

Alors que d'un point de vue purement terminologique déjà, plutôt que de parler d'un rôle « incontournable » de l'utilisateur, ce qui selon M. Pollaud-Dulian n'est pas très juridique puisqu'il vaudrait mieux selon lui, mettre l'accent sur *l'initiative prise par celui qui permet à un public d'accéder à l'œuvre*³⁹³ c'est surtout l'application pratique du critère de la « réception des œuvres par les patients » dans la salle d'attente d'un cabinet dentaire qui fait l'objet de commentaires. La seule justification avancée par la CJUE afin de considérer que les patients assis dans la salle d'attente d'un cabinet dentaire ne sont pas réceptifs à la retransmission de la radio est l'affirmation selon laquelle, on ne va pas chez le dentiste pour écouter de la musique !

Parallèlement, Mme Bénabou critique le fait que le caractère délibéré de l'acte de l'utilisateur est intimement lié à la fourniture de moyens de la jouissance des phonogrammes, qui ne peut s'opérer que par le truchement du dentiste. Il ne s'agit donc pas tant de deux critères différents que d'une seule et même condition : le responsable de la communication au

³⁸⁹ Voir à ce propos : AG Konstanz, NJW-RR 1995, 1325 et GRUR-RR 2007, 384 ; AG Nürnberg : NJW-RR 1996, 683 ; LG Leipzig, NJW-RR 1999, 551; AG Bad Oldesloe, SchIHA 1999, 103; AG Kassel, NJW-RR 2000, 493; LG Frankfurt a. M. : GRUR-RR 2005, 180.

³⁹⁰ Voir § 57 UrhG (unwesentliches Beiwerk, traduction en français : *œuvre accessoire non essentielle*) et § 58 UrhG (Werke an öffentlichen Plätzen, traduction en français: *œuvres présentes dans des lieux publics*), dite « *Panorama Freiheit* ».

³⁹¹ Voir à ce sujet : TGI Nanterre, 12 nov.1997 (fresque entre-aperçue dans un film), D., 1999, somm. 118, note HASSLER ; TGI Paris, 28 mai 1997 : RIDA, janv. 1998. 329 (pas de violation des droits du sculpteur dont l'œuvre n'est que vaguement aperçue dans un film publicitaire) ; CA Paris, 14 sept. 1999, D.1999, AJ, 54, Com., Com.élec., 2000, n°30, note Caron ; Civ. 1^{re} 12 juin 2001, D., 2001, AJ, 2517, note J. DALEAU.

³⁹² F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété littéraire et artistique*, n° 108-109.

³⁹³ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété littéraire et artistique* : RTD com, Avril/Juin 2012, p. 322-334 (323).

public doit avoir mis à disposition du public les moyens pour qu'il accède à l'objet protégé. L'important n'est pas que l'utilisateur ait eu l'intention que le public écoute la musique ou l'intention de lui fournir un service mais tout simplement qu'il ait mis en œuvre les conditions de réalisation de la diffusion.

Le critère de « fourniture de moyens » est corroboré par la solution retenue dans l'arrêt *PPL* qui considère que le caractère « incontournable » de l'utilisateur est caractérisé dès lors qu'il fournit dans les chambres de ses clients des postes de télévision et/ou de radio auxquels il distribue un signal radiodiffusé (point 40) ou encore qu'il fournit, « non pas des postes de télévision et/ou de radio auxquels il distribue un signal radiodiffusé, mais un autre dispositif, ainsi que des phonogrammes sous forme physique ou numérique pouvant être diffusés ou entendus grâce à ce dispositif » (point 69). Par conséquent, au regard de cette jurisprudence, on peut estimer que le critère de l'utilisateur incontournable doit être interprété en ce sens qu'une communication au public intervient lorsqu'une personne fournit les moyens techniques, quels qu'ils soient, qui permettent au phonogramme d'être diffusé ou entendu par le public, y compris si cette écoute nécessite de la part du public une attitude active³⁹⁴ (choix des morceaux, manipulation du matériel pour déclencher l'écoute ...). Cette jurisprudence ne fait que confirmer l'arrêt *Football Premier League Association* de 2011, qui mentionne que la notion de communication au public entendue au sens large en droit d'auteur vise toute transmission des œuvres, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé³⁹⁵.

De même, sur le terrain du droit à rémunération équitable des producteurs et artistes interprètes, l'art. 8 § 2 de la directive emploie la terminologie de « communication *quelconque* au public ». En adoptant une compréhension si large de la « communication au public », comment distinguer le droit de « communication au public », d'une simple fourniture de moyen³⁹⁶ ? La question mérite vraiment d'être posée car la distinction est délicate.

D'un point de vue juridique, en effet, l'argumentation de la *CJUE* n'est pas convaincante. Bien sûr, la Cour souligne que l'hôtelier prend bien l'initiative de rendre le phonogramme ou l'œuvre accessible, en ce qu'il fournit les éléments indispensables pour rendre audibles les sons fixés sur les phonogrammes et que sans cette intervention, les clients n'auraient pas eu accès au contenu des phonogrammes³⁹⁷. Par là même, le rôle de l'hôtelier est incontournable³⁹⁸. Pour la *CJUE*, la question s'avère donc la même que lorsqu'on se demande si l'hôtelier, qui fournit des postes de télévision dans les chambres, réalise une communication au public et la réponse doit être identique, car la forme de transmission permet aussi aux clients de jouir des œuvres et rend donc ici aussi le rôle de l'hôtelier « incontournable ». L'avantage de cette solution est qu'elle permet d'appliquer le même régime à des personnes qui tirent le même parti des phonogrammes et des œuvres dans des situations fort proches d'un point de vue économique³⁹⁹. D'un point de vue économique, l'argumentation de la Cour est compréhensible, mais elle est à critiquer d'un point de vue juridique.

En effet, le cercle des actes ayant une importance en droit d'auteur est considérablement élargi. Jusqu'à présent, la notion de *communication* ne concernait que la transmission ou la

³⁹⁴ V.-L. BENABOU, *Notion de communication au public- Droit à rémunération équitable*, Chronique : PI, octobre 2012, n°45, p. 429-434 (430).

³⁹⁵ Arrêt *Football Premier League Association*, n° 193.

³⁹⁶ Considérant n°27 de la directive n°2001/29 et article 8 du traité OMPI sur le droit d'auteur.

³⁹⁷ Arrêt *PPL*, n° 62.

³⁹⁸ Arrêt *PPL*, n° 67.

³⁹⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Construction ou déconstruction du droit de communication au public : Auteurs&Media*, 2012/5, p. 403- 412 (407 et s.).

retransmission. Comme déjà vu, le considérant 27 prévoit la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une Communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la directive 2001/29. Ainsi, dans l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, l'acte d'utilisation ne concerne pas la mise en place des télévisions dans la chambre d'hôtel mais concerne bien plus la « distribution » des signaux, quelque soit la technique utilisée⁴⁰⁰. Une telle conception est particulièrement difficile à concilier avec l'approche analytique allemande qui distingue suivant l'exploitation primaire et l'exploitation secondaire⁴⁰¹. La jurisprudence *SGAE c/ Rafaël Hoteles* rend superflue la distinction entre le droit de télédiffusion de point à multipoint et le droit de communication d'émission radiodiffusées. A partir du moment, où le moyen technique ou le procédé mettant à disposition une œuvre n'est pas à prendre en considération, la différenciation entre le droit de mettre à disposition l'œuvre grâce à la radiodiffusion ou tout autre moyen technique (§ 20 UrhG) et le droit de rendre perceptible des émissions de radios grâce à des hauts parleurs ou par le biais d'écran plats ou tout autre moyen technique (§ 22 UrhG) n'est pas à prendre en considération. Par là même, l'argumentation de la Cour de justice adopte une conception très synthétique du droit de « communication au public » et donc finalement assez proche de la conception française.

Dans l'arrêt *PPL c/ Irlande*, on peut dire que la *CJUE* fait un grand pas, en ce que la simple mise à disposition d'un dispositif autre que des postes de télévision et/ou des radios ainsi que des phonogrammes sous forme physique ou numérique pouvant être diffusés ou entendus grâce à ce dispositif, constitue un acte pouvant être qualifié juridiquement de « communication au public ». Dans ce cas pourtant, et comme le fait remarquer Mme Lucas-Schloetter, il n'y a pas de transmission d'œuvres ou d'objets protégés et l'hôtelier ne procure pas non plus aux clients la possibilité de réceptionner les œuvres ou objets protégés. L'hôtelier ne permet aux clients que l'utilisation des œuvres et objets protégés. Contrairement à l'arrêt *Murphy*, l'hôtelier ne rend pas non plus perceptible une émission radio grâce à un écran ou à des haut-parleurs. Il met plutôt à la disposition les moyens, que les clients ont besoin afin de « jouir » des œuvres. Si, par exemple, l'hôtelier ne mettait à la disposition des clients que des appareils sans phonogrammes, il ne réaliserait pas de « communication ». Il en va de même pour la constellation inverse, lorsque il ne met à la disposition que des phonogrammes. Lorsque la prestation de service de l'hôtelier recouvre conjointement les phonogrammes et les appareils de lectures, alors la *CJUE* considère qu'on est en présence d'une communication au public. La distinction avec une simple fourniture d'installation est difficile à faire.

Si néanmoins, on voulait étendre — comme le suggère la *CJUE* — la notion de communication à tous les actes à travers lesquels un accès à des œuvres protégés est rendu possible, il reste à examiner si la communication est vraiment « publique ». C'est un aspect qu'on abordera dans la partie consacrée à la destination de la communication.

L'insistance quand au rôle actif de l'utilisateur comporte un certain risque qui consiste à considérer que tout acte d'utilisation d'une œuvre quelle qu'elle soit, est une communication au sens du droit d'auteur. Cela pose la question de l'insécurité juridique *de lege ferenda*. Comment qualifier l'acte de l'hôtelier disposant un I-Pad dans chaque chambre ? Quand est-il d'un accès *internet* Wifi ?

⁴⁰⁰ Développements critiques de J.-N. ULLRICH, *Die öffentliche Wiedergabe von Rundfunksendungen in Hotels nach dem Urteil "SGAE" des EUGH* (rs. C-306/05) : ZUM 2008, 112-122 (115).

⁴⁰¹ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* : ZGE, IPJ 5 (2013), 84-102 (97 et s.).

Toujours est-il que le dentiste qui diffuse de la radio dans sa salle d'attente en présence de ses patients ne réalise pas un acte de « communication au public », alors que l'hôtelier qui ne met à la disposition de ses clients que des appareils de lecture et des phonogrammes réalise un acte de communication. Comme le souligne Mme Lucas-Schloetter, les décisions ont été prises ici, en tenant compte de valeurs différentes : on a deux poids deux mesures⁴⁰² ! Quelque soit l'étendue de la notion de communication, il n'y a de communication que lorsque celle-ci s'adresse à un destinataire.

B- Evolution de la jurisprudence traditionnelle allemande et française : notion de communication

La « communication » recouvre des *concepts* différents, suivant son emploi dans le cadre des directives, de la loi française ou de la loi allemande. L'utilisation au niveau national d'une *terminologie identique (modulo la traduction)* à celle employée au niveau européen peut donc engendrer des confusions. En Allemagne, le pendant au *droit de communication au public* prévu par l'art. 3 de la directive *InfoSoc* est le *droit de communication au public, constituant le droit exclusif d'exploiter une œuvre sous forme incorporelle* prévu à l'art. 15(2) de la loi sur le *droit d'auteur allemand*. En France, le « pendant » au droit de « communication au public » au sens de la directive *InfoSoc*, est le *droit de représentation* prévu à l'art. L. 122-2 du *CPI*.

Le champ d'application de la *communication* au sens de la directive *InfoSoc* est plus restreint qu'au sens des textes nationaux français et allemands. En effet, selon le considérant 23 de la directive *InfoSoc*, la directive exclue *toute communication à un public présent au lieu d'origine de la communication*. Au contraire, la loi française et allemande admettent une communication en présence d'un public⁴⁰³. La directive exclut de son champ d'application la communication à un public « présent »⁴⁰⁴, mais cette restriction s'explique par l'idée que l'harmonisation recherchée et voulue d'un point de vue politique n'est centrée sur les difficultés soulevées par l'environnement numérique⁴⁰⁵. En effet, on peut souligner que la notion de *représentation* en France et de *communication au public* en Allemagne, pris au sens restrictif de communication à un public présent au même lieu et au même moment ne recouvre pas la même réalité⁴⁰⁶.

⁴⁰² A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* : ZGE/ IPJ 5 (2013), 84-102 (99).

⁴⁰³ En effet, l'article L.122-2 (1°) du *CPI* énumère de façon non exhaustive des procédés de communication nécessitant la présence, même potentielle d'un public présent au même lieu et au même moment. Il s'agit par exemple d'une communication au public dans une salle de théâtre, à l'opéra ou au cinéma⁴⁰³. De même, la loi allemande considère-elle qu'il y a « communication » à un public présent dans le cadre de l'article 19 *UrhG* prévoyant le droit de récitation, d'exécution, et de présentation. D'autres droits tel que le droit de « communication au moyen d'un enregistrement visuel ou sonore » à l'article 21 ou comme le droit de « communication d'émissions radiodiffusées » à l'article 22 prennent également en compte un public présent au lieu d'origine de la communication, c'est-à-dire présent dans une salle de cinéma, dans une discothèque ou à la réception d'un hôtel, dans un centre commercial ou un restaurant etc.

⁴⁰⁴ Considérant 23. et V. en ce sens l'arrêt *Circus Globus Bucuresti*.

⁴⁰⁵ J.-L. GOUTAL, *Traité OMPI du décembre 1996 et conception française du droit d'auteur* : RIDA 1/ 2001, p. 67-109, à la p. 81.

⁴⁰⁶ La « présentation publique » englobe la présentation d'une œuvre par son exposition.

En droit français, l'exposition d'une œuvre est donc un procédé permettant de représenter une œuvre. En droit allemand, au contraire, le droit d'exposition n'est pas énuméré à l'article 19 du code de droit

Par conséquent, la directive harmonisant la « communication » à un public non présent au lieu d'origine de la communication est une véritable harmonisation puisqu'on retrouve bien un « pendant » du droit allemand en droit français.

Bien qu'harmonisé sur le plan européen, le droit de communication au public, au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* est néanmoins transposé de manière différente en France et en Allemagne puisqu'une directive laisse le choix quant aux moyens. Cette différence de transposition s'explique en partie en raison d'une conception différente de la structure des droits dans les deux pays. Alors qu'en France, on a une conception synthétique de la structure des droits, l'approche allemande est analytique. En Allemagne, le droit de communication au public se décline en plusieurs droits qui sont énumérés de manière exemplative et non exhaustive. De manière analytique et suivant l'évolution technique, l'art. 15 (2°) énumère le droit de récitation, d'exécution et de présentation à l'art. 19 de la loi sur le droit d'auteur. Le droit de « mettre à disposition » est prévu à l'art. 19a tandis que le droit de télédiffusion d'un point à des multipoints est prévu à l'art. 20. Enfin, la loi allemande sur le droit d'auteur distingue le droit de communication au moyen d'un enregistrement visuel ou sonore à l'art. 21 et le droit de communication d'émissions télédiffusées à l'art. 22.

Selon M. Dreier, on peut distinguer deux grandes catégories de droits. D'un côté, on distingue les droits admettant un accès ou une réception *potentielle* (c'est le cas des droits art. 19a UrhG et art. 20 UrhG), et de l'autre, on distingue les droits qui misent sur une présence effective du public (c'est le cas de l'art. 19, art. 21, art. 22 UrhG). Or puisque la thèse se focalise sur le droit européen harmonisé, il convient de porter particulièrement son attention sur les droits où le public n'est pas présent au lieu de la communication. Il s'agit donc particulièrement de focaliser son attention sur les articles 19a et 20 de la loi sur le droit d'auteur. La différence la plus flagrante entre ces deux droits est le rôle joué par le public. Dans le cadre de l'art. 20, le public est atteint en même temps mais pas au même moment. Dans l'art. 19a, le public n'est ni atteint en même temps ni au même moment.

Ainsi, on peut dire que la notion de « communication » est très liée à la notion de public. Malgré l'interdépendance de la « communication » et du « public », il semble que contrairement au juge français, le juge allemand raisonne en termes de critères en distinguant d'une part l'existence d'une « communication » et d'autre part l'existence d'un « public ». Par conséquent, le critère de « communication » est un critère à part entière en droit allemand.

1- Notion de communication en Allemagne

La notion de communication est donc un véritable critère à part entière, qui se décompose en deux aspects. Soit la communication est comprise comme permettant l'accès à une œuvre par l'utilisateur internaute soit la communication s'analyse comme la simple mise à disposition de cette œuvre. En France aussi, les deux aspects de la communication sont implicitement reconnus, mais non formulés explicitement dans la loi en raison précisément de la conception

d'auteur. En effet, le droit d'exposition (*Ausstellungsrecht*) est explicitement codifié à l'article 18 du code de droit d'auteur allemand. Juridiquement, l'exposition d'une œuvre est donc qualifiée différemment par la loi allemande et française. Il semble toutefois, que la communication au public d'un enregistrement sonore simple ne soit pas régie par le droit de représentation. D'ailleurs, la diffusion de CDs dans une discothèque en France relève du droit de destination, donc du droit de reproduction.

synthétique des droits. Puisque la conception analytique allemande procède explicitement à cette distinction, la notion de communication se décompose en une structure binaire. Cette structure binaire a cependant les défauts de ses qualités, puisque la distinction entre ces deux aspects du droit de communication est loin d'être évidente, et nourri un contentieux important en Allemagne.

Pour qu'un acte d'exploitation soit qualifié de *communication au public* en Allemagne, le juge procède à une analyse par critères, en recherchant d'une part, si l'acte en question fait l'objet d'une *communication*, et d'autre part, si l'acte est destiné au *public*.

Les deux conditions de « communication » et « de public » doivent être réunies. Si l'une des conditions manque, alors cet acte ne relève pas du droit d'auteur. En droit allemand, la « communication » est par conséquent un critère à part entière qui permet de qualifier juridiquement un acte.

Cette constatation est corroborée par le fait que la rédaction de l'art. 15 al.2 UrhG ne précise pas que l'auteur a le droit d'*exploiter* son œuvre sous une forme immatérielle mais uniquement que l'auteur *communique* son œuvre sous une forme incorporelle. Par conséquent, la notion de communication connaît bien une signification propre. Si non, la loi aurait alors prévue que toute exploitation sous forme incorporelle relève du monopole, ce qui reviendrait à ne prendre en considération que le critère du *public*⁴⁰⁷. Il importe donc de rechercher la signification à donner au terme de *communication*.

En allemand, la communication se traduit par le mot *Wiedergabe* qu'on peut décomposer en deux mots : *Wieder-gabe* ou *Wieder-geben*. Littéralement il s'agit donc de *re-donner*, de rendre *perceptible* une œuvre⁴⁰⁸. Comment rendre une œuvre perceptible pour l'utilisateur et éventuellement pour l'internaute? Réponse : en permettant l'accès à cette œuvre (en allemand, *Zugang*) ou la réception (en allemand, *Empfang*) de celle-ci. De construction analytique, le droit allemand tient compte de cette différence. C'est pourquoi le droit de communication y peut-être compris tour à tour comme un droit de mise à disposition (a), permettant à l'utilisateur membre d'un public d'accéder à cette œuvre (art. 19a UrhG, *Recht der öffentlichen Zugänglichmachung*), et un droit de télédiffusion de point à multipoint (b), permettant à l'utilisateur membre d'un public de réceptionner l'œuvre (art. 20 UrhG, *Senderecht*).

a- La communication : un acte d'exploitation permettant une réception potentielle de l'œuvre par le public

Dans le cadre de la « télédiffusion de point à multipoint » prévue au paragraphe 20 UrhG, l'utilisateur membre d'un public est amené à *réceptionner*⁴⁰⁹ les signaux télédiffusés. Quelle signification donner au terme de « réception » ?

Au paragraphe 20 de la loi allemande sur le droit d'auteur, le législateur prévoit une réception *potentielle*, c'est-à-dire non *effective*⁴¹⁰, mais simplement possible tel que les œuvres ne sont pas nécessairement audibles⁴¹¹ ou *directement* perceptibles⁴¹².

⁴⁰⁷ Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, 4. A.

⁴⁰⁸ C. CREIFELDS e. a., *Rechtswörterbuch*, 20. éd., C.H. Beck Munich, 2011.

⁴⁰⁹ Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, 4. A., § 20 UrhG, Rn. 10.

⁴¹⁰ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker, § 20 UrhG, Rn. 10.

⁴¹¹ Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, 4. A., § 20 UrhG, Rn.10 (*zu Gehör bringen*).

Une réception effective par le public n'est prévue que par les droits légiférés aux paragraphes 19, 21 et 22 de la loi sur le droit d'auteur, traitant du droit de récitation, d'exécution, de présentation, de la « communication au moyen d'un enregistrement visuel ou sonore » et de la « communication d'émissions radiodiffusées et de mises à disposition ». En plus d'être potentielle, la réception dans le cadre de l'art. 20 UrhG ne permet que la perception... *indirecte* de l'œuvre par le biais d'un support. Cependant, on peut rétorquer que toute œuvre est perceptible de manière *indirecte*, même dans le cadre d'une représentation théâtrale à travers l'interprète ou l'artiste. Par conséquent, il semble que la distinction entre des droits permettant une perception *indirecte* et une perception *directe* est quelque peu artificielle⁴¹³. Pourtant, il ne s'agit là que d'un désaccord concernant l'emploi de la terminologie *indirecte* puisqu'on comprend bien que dans le cadre de l'art. 20 UrhG, la communication n'est possible que par le truchement d'un procédé technique permettant précisément la télédiffusion.

En droit allemand, tout comme en droit français, on emploie le concept de *Senderecht*, terme qui vient du verbe *senden*, ce qui signifie télédiffuser : chaque signe, chaque son, chaque image est envoyé d'une station émettrice à une station de réception.

Les cas d'application classiques sont la télédiffusion de musique à travers la radio ou la télédiffusion à travers des émissions télévisées. En règle générale, ces droits sont gérés par des sociétés de gestion collective, puisque les chaînes de radio désirent bénéficier du plus large répertoire de musiques possible. Bien que le vocabulaire soit technique, on peut souligner, que la loi sur le droit d'auteur en Allemagne ne prend pas seulement en compte la télédiffusion par satellite, ou par câble mais aussi tous les autres moyens techniques. La volonté du législateur est de n'opérer aucune discrimination selon la technique mise en œuvre. Le vecteur numérique est bien entendu inclus dans la télédiffusion. Ainsi, le *streaming*, procédé de téléchargement des données permettant au destinataire d'accéder au fichier pendant le téléchargement peut dans certains cas relever de la télédiffusion de point à multipoint.

Pour être qualifiée de télédiffusion de point à multipoint, peu importe que cette télédiffusion soit effectuée en direct, ou qu'il s'agisse d'une retransmission. Même le modèle commercial qui motive la télédiffusion est sans importance. C'est par exemple le cas dans le cadre d'une intervention dans le processus de retransmission permettant de « prolonger » l'émission initiale. Cette intervention suffit-elle à déclencher l'application du droit de représentation ou faut-il exiger que l'initiative relève une certaine maîtrise de ce processus? Lors de l'écoute d'émission de radio, ou d'un morceau de musique, l'œuvre n'est pas communiquée, mais simplement réceptionnée.

Dans ce cas, on ne parle que de la jouissance⁴¹⁴ de l'œuvre, qui ne constitue pas un acte d'exploitation relevant du droit d'auteur. En effet, celui qui réceptionne, ne peut en même temps télédiffuser quelque chose (*senden*). Cette constatation paraît évidente.

Pourtant, il n'est pas toujours très simple de différencier un acte relevant du droit d'auteur et constituant une télédiffusion de point à multipoint et un acte constituant une « simple » réception des signaux. La question à analyser concerne les antennes collectives. Il est dans ce

⁴¹² Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, 4. A., § 20 UrhG, Rn.10 (*wahrnehmbar*).

⁴¹³ Contra, Dreier qui emploie la terminologie de „*Rechte der Wahrnehmbarmachung*“. Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, 4. A., 2013, § 20 UrhG, Rn. 3.

⁴¹⁴ G. SCHULZE, *Wann beginnt eine urheberrechtliche relevante Nutzung?* : ZUM 2000 (126-137), 130.

cas important de prendre en considération la démarche sociale de l'envoyant, et les efforts qui y sont liés afin de décider si on est en présence d'une télédiffusion de point à multipoint.

On peut souligner que la question des antennes collectives n'est pas très différente de celle des chambres d'hôtels. On peut en outre souligner, que l'installation de ces procédés techniques ne constitue pas en soi la *communication*. De même, une simple amélioration technique, comme par le biais d'une retransmission par des antennes collectives ne constitue pas, en soi, une communication. Ainsi, dans le but de qualifier un acte d'exploitation de « télédiffusion de point à multipoint », ce ne sont donc pas en premier lieu des considérations techniques qui doivent être prises en compte, mais bien des actes d'utilisation (*Nutzungshandlungen*).

Il faut à ce propos évoquer les décisions rendues par le *Bundesgerichtshof* allemand, qui a subordonné au consentement de l'auteur la retransmission d'œuvres musicales dans les cellules d'une prison⁴¹⁵, ainsi que la retransmission des programmes de radio dans les 225 chambres d'un hôpital à travers un dispositif de diffusion propre à l'établissement⁴¹⁶. Au niveau des hôtels⁴¹⁷ aussi, la retransmission dans les chambres individuelles est soumise au consentement de l'auteur.

b- La communication : un acte d'exploitation permettant l'accès à l'œuvre par le public

Contrairement au législateur français, le législateur allemand a consacré le « droit de mettre des œuvres protégées à la disposition du public » comme un cas spécial du droit de « communication au public ». La formulation reprend d'ailleurs la formulation de l'art. 3 alinéa1 de la directive *InfoSoc* qui prévoit un « droit de mettre à disposition du public [des œuvres] par fil ou sans fil, de manière à ce que des membres du public puissent y avoir accès de l'endroit et au moment où ils choisissent individuellement ». Comme le souligne M. Dreier, il est évident que même avant la transposition de la directive *InfoSoc*, cette forme d'exploitation des œuvres était protégée par un droit exclusif de l'auteur⁴¹⁸. D'après la doctrine, cet acte d'exploitation était considéré comme une forme de communication au public qui n'avait pas expressément été nommée dans l'art. 15, al.2 UrhG. Il faut cependant ajouter, que la reconnaissance d'un droit nommé revêt principalement une importance pour les titulaires de droits voisins, puisque contrairement au droit français, ces derniers ne bénéficient pas d'un droit exclusif complet de communication au public. Par exemple, les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes ne disposent que d'un droit à rémunération. Prévoir explicitement une nouvelle forme de communication au public relève également une importance considérable pour l'application des exceptions, qui en droit allemand traite soit du droit de « communication au public », soit de la mise à disposition. La transposition de la directive *InfoSoc* a eu le mérite de clarifier les conditions et l'étendue du droit de « mise à disposition ».

⁴¹⁵ BGH : GRUR 1994, 45- *Verteileranlagen: Gefängnis-eigene Verteileranlage*.

⁴¹⁶ GRUR 1994, 797 – *Verteileranlage im Krankenhaus: 225 Eigenhörstellen in den Patientenzimmern des Krankenhauses*.

⁴¹⁷ OLG Hamm GRUR-RR 2007, 379 – *Kabelfernsehen in Hotelzimmern*.

⁴¹⁸ DREIER, Thomas/ NOLTE, Georg, *La transposition de la directive 2001/29/CE en droit d'auteur allemand : la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)*, Nouvelles de l'étranger : PI, janvier 2004, N°10, p. 578.

Analysons à présent les conditions permettant de qualifier un acte de « mise à disposition ». Comme on peut le déduire de la formulation de la loi, il s'agit de mettre à disposition une œuvre afin que les membres d'un public puissent y accéder au lieu et au moment de leur choix. Il ne s'agit donc absolument pas de transférer (dans le sens de *übertragen*) cette œuvre à un utilisateur mais bien seulement de mettre cette œuvre à la disposition de l'internaute utilisateur. Dans le cas d'un appel (*Abruf*) d'une demande d'accès émanant de l'internaute utilisateur, le droit de « mettre à disposition » comprend aussi la transmission (*Übermittlung*) de cette œuvre. Le droit de « mettre à disposition » comporte alors deux composantes : il s'agit d'une part de « tenir l'œuvre à la disposition » des internautes (*zum Abruf bereithalten*) et d'autre part de transmettre cette œuvre sur appel de l'internaute (*übermitteln*)⁴¹⁹. Cependant, une séparation de ces deux actes est à rejeter.

Cette mise à disposition n'est pas uniquement réservée au monde de l'internet bien que ce soit le domaine d'application le plus commun pour ce type d'exploitation. Il faut garder à l'esprit que la « mise à disposition » est un droit technologiquement neutre, indépendant de tout support technologique spécifique ainsi qu'un acte prolongé dans le temps (*Dauerhandlung*). Il est important de noter que l'œuvre est mise à disposition dès lors que son accès (*Abruf*), son appel ne suscite pas une « Absprache » supplémentaire. L'accès doit être possible en tout lieu et en tout temps — il est cumulative — par l'internaute utilisateur qui possède donc le choix. Cependant, cette possibilité de choix n'est pas nécessaire 24 h sur 24 et elle n'est pas non plus liée à l'ensemble du contenu et il ne peut s'agir que d'une seule œuvre. Peu importe également, si le client souhaite accéder à cette œuvre ou pas. C'est d'ailleurs ce qui distingue le droit de « mise à disposition » du droit de télédiffusion de point à multipoint d'une œuvre : dans le cas d'une télédiffusion de point à multipoint d'une œuvre, l'internaute utilisateur n'a pas le choix du moment auquel il accède à l'œuvre.

Quels sont les cas typiques d'application de ce « droit de mise à disposition » ?

A partir du moment, où cette distinction entre le droit de télédiffusion de point à multipoint et le droit de mise à disposition n'existe pas en France, il semble intéressant de faire le tour d'horizon des cas dans lesquels un acte de d'exploitation est qualifié de mise à disposition.

La mise à disposition en droit allemand concerne principalement des œuvres qui sont mis en ligne, que ce soit dans le cadre de forums de discussion⁴²⁰ ou au niveau de site *web* à caractère privé, ou dans les système de pair à pair⁴²¹. Même les œuvres qui sont présent dans des *Podcast*⁴²² sont simplement mis à disposition. Le *streaming*⁴²³ constitue aussi une telle mise à disposition, lorsque l'œuvre est accessible au moment et au lieu choisit par l'internaute utilisateur, et lorsque la vidéo n'est pas à proprement parlée téléchargée par l'internaute utilisateur.

Or, il n'est pas toujours évident de savoir ce qui relève d'une mise à disposition ou pas. D'une part, on peut souligner qu'un lien profond⁴²⁴ ne permet pas de considérer que l'œuvre a été mise à disposition. Et, par les nouvelles technologies, le tout devient de plus en plus

⁴¹⁹ U. LOEWENHEIM, *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2010, Rn. 50 bis 68.

⁴²⁰ AG Charlottenburg MMR 2004, 269.

⁴²¹ LG Hamburg ZUM 2006, 661; LG Düsseldorf ZUM 2007, 553.

⁴²² v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker, § 20 Rn. 46; SASSE/ WALDHAUSEN ZUM 2000, 837.

⁴²³ OLG Stuttgart MMR 2008, 474.

⁴²⁴ BGH : GRUR 2003, 958- *Paperboy*; NOLTE ZUM 2003, 540 s.; Schmidt AfP 1999, 146, 149.

compliqué. On ne sait plus si on est en présence d'un droit de mise à disposition ou alors même d'un droit de reproduction ou alors pour rester dans le cadre des droits incorporels, si on est en présence d'une télédiffusion de point à multipoint.

L'art. 20 de la loi sur le droit d'auteur allemand dispose que le « droit de télédiffusion est le droit de rendre l'œuvre disponible au public par une diffusion sans fil telle que la radiodiffusion et la télévision, la diffusion par satellite, par câble ou par un moyen technique analogue⁴²⁵ ». A la lecture de cet art., il apparaît que le terme de « télédiffusion par radiotéléphonie » (*en allemand*, « Funk ») est utilisé comme terme générique. Cela entraîne des difficultés de traduction en langue française⁴²⁶, mais aussi des hésitations quant à sa signification.

Deux aspects de la formulation de l'art. 20 méritent un commentaire. Il s'agit tout d'abord de la terminologie de *télédiffusion* et de la terminologie de « mise à disposition » d'une œuvre au public. D'après les motivations du projet de loi du gouvernement allemand, l'art. 20 ne concernait à l'origine que la radiodiffusion⁴²⁷. Au vu de l'évolution des technologies, cette interprétation historique de la « télédiffusion » est bien sûr dépassée et n'a plus lieu d'être. C'est pourquoi, cette terminologie recouvre de nombreux autres modes de « télédiffusion » par voie hertzienne, par câble, et par satellite.

De plus, nous l'avons déjà vu, le public doit potentiellement pouvoir réceptionner les signaux télédiffusés. Ni la réception effective de l'œuvre ni sa jouissance (*en allemand*, *Werkgenuss*) ne jouent donc un rôle. Pour qualifier un acte d'exploitation de droit de télédiffusion de point à multipoint, il doit s'agir de la transmission d'un signal de manière continue, et ce signal ne doit pas être transmis à la suite d'une demande par exemple d'un utilisateur membre du public. C'est ce qui distingue le « droit de télédiffusion de point à multipoint » de l'art. 20 du « droit de mise à disposition » de l'art. 19a.

Dans le cadre du droit de télédiffusion de point à multipoint, le public a la possibilité de percevoir les œuvres au même moment, mais pas forcément au même lieu. Pour qualifier une utilisation de « droit de télédiffusion de point à multipoint », l'utilisateur doit se connecter (*en allemand*, *zuschalten*) à une transmission qui a lieu au même moment à un public donné. Il ne s'agit donc pas, comme pour une qualification d'un droit de « mise à disposition », d'un « signal d'invitation à transmettre » pour une transmission à un moment choisi par l'auteur. Dans le cadre d'une « télédiffusion de point à multipoint », le public a simplement la possibilité de réceptionner ou de percevoir l'œuvre (*en allemand*, *Wahrnehmbarkeit*) au même moment, mais pas forcément au même lieu.

La distinction avec l'art. 19a de la loi sur le droit d'auteur allemand reste cependant délicate. En effet, l'art. 19a dispose que « le droit de mise à disposition est le droit de rendre l'œuvre accessible au public par une diffusion par câble ou sans fil, d'une telle manière qu'elle soit accessible par les membres du public au lieu et au moment de leur choix⁴²⁸ ».

⁴²⁵ § 20 UrhG: „Das Senderecht ist das Recht, das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernsehgrundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen“.

⁴²⁶ En droit français, la notion de « télédiffusion » peut porter à confusion. La télédiffusion est à la fois un procédé technique et un procédé de représentation [dans ce cas, la télédiffusion englobe la notion de « *Senderecht* » (§ 20 UrhG) et de « *mise à disposition* » (§ 19a UrhG)].

⁴²⁷ J. v. UNGERN-STERNBERG, in: Schricker/Loewenheim, 4. A., § 20 UrhG, Rn. 3.

⁴²⁸ Propre traduction de l'article 19a UrhG : „Recht der Öffentlichen Zugänglichmachung. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit

Tout d'abord, l'art. 20 et l'art. 19 trouvent à s'appliquer dans le cas de l'utilisation de mêmes médias. De manière simplifiée, on aurait tendance à croire que l'art. 20 concerne les utilisations d'œuvres à la télévision ou à la radio. Or, la convergence des techniques et des médias, et par exemple l'avènement de la *web-TV*, fait que l'utilisation d'une œuvre sur *internet* (par transmission numérique) peut aussi faire l'objet d'une télédiffusion de point à multipoint. Le téléchargement d'une œuvre sur un simple site *internet* fait généralement l'objet d'un droit de mise à disposition, au sens de l'art. 19a (mais pas nécessairement).

La qualification juridique d'un acte d'exploitation peut engendrer un certain nombre de difficultés dues à la convergence des techniques. Comment qualifier juridiquement les *services push*, le *webcasting*, le *Simulcasting*, le *web-TV* etc. ?

Pour conclure, il s'agit là d'une difficulté allemande, qui ne se retrouve pas en droit français, puisque le droit français connaît une structure synthétique des droits.

2- Notion de communication en France

En France, on a une conception synthétique de la représentation. L'approche est tellement globale, qu'on peut considérer que la définition est si large, qu'elle tend à définir le droit d'exploitation dans sa généralité. Cette conception française tranche avec certains systèmes où on préfère énumérer de façon précise, les prérogatives reconnues à l'auteur. Le côté positif du système est qu'il a l'avantage de la souplesse. Il met l'accent sur l'indifférence du vecteur mais pose le problème de la frontière avec le droit de reproduction.

D'emblée, il faut souligner une difficulté terminologique qu'on ne retrouve pas en Allemagne. Alors que la loi sur le droit d'auteur en Allemagne reconnaît un droit de « communication au public » à l'auteur (traduction littérale : *öffentliche Wiedergabe*), le code de la propriété intellectuelle (*CPI*) emploie la terminologie de « droit de représentation ». La transposition de la directive n'a rien changé à la rédaction de l'art. L.122-2 du *CPI*. La relation entre une « représentation » et une « communication au public » mérite d'être précisée. En effet, la représentation⁴²⁹ (étymologiquement, une exhibition : *representatio*) a été l'un des premiers « objets » du droit d'auteur dans la loi des 13 et 19 janvier 1791.

En droit français, on reconnaît aux auteurs un droit de représentation que l'art. L.122-2 *CPI* définit de la façon suivante : « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre par un procédé quelconque (...) ».

Ce droit de représentation fut reconnu dès l'origine de la propriété littéraire et artistique et fut même le premier à être consacré après la Révolution, par le décret-loi des 13-19 janvier 1791. La législation de 1791 ne définissait pas le droit de représentation qu'elle accordait aux auteurs car le contenu de ce droit, à savoir de représenter les œuvres dans les théâtres publics allait de soi : il s'agissait d'offrir l'œuvre immédiatement au public, sans passer par le truchement d'une édition d'exemplaires matériels, mais grâce à des interprètes, musiciens, récitants. S'il couvrait alors essentiellement des spectacles vivants, c'est-à-dire des concerts et

in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist“.

⁴²⁹ Ph. GAUDRAT, *Droit de représentation* : J.-Cl. PLA, Fasc. 1242, 2004.

des représentations théâtrales, le droit de représentation a, lui aussi, étendu son champ d'application au fur et à mesure qu'apparaissent de nouveaux moyens de communication des œuvres. Il est alors devenu possible de représenter une œuvre à distance ou en différé, sans que le public et les interprètes fussent nécessairement mis directement en présence dans le même temps et le même lieu.

Cela explique que l'actuelle définition, plutôt vague, diffère quelque peu de celle que donnait, initialement, l'art. 27 de la loi du 11 mars 1957 : « la communication *directe* de l'œuvre au public ». La suppression de l'épithète « directe » s'explique par l'idée que bon nombre de représentations s'opèrent de façon indirecte, c'est-à-dire par le truchement de moyens de diffusion, tels que la télévision par exemple. Il peut donc y avoir représentation publique aussi bien lorsque des interprètes exécutent l'œuvre en présence du public, que lorsque la représentation est diffusée à l'aide de moyens de diffusion à distance, comme la radiodiffusion, la télévision, par câble ou par satellite, ou encore par la voie de réseaux télématiques, voire au moyen de reproductions, telles que le film ou l'enregistrement sonore⁴³⁰. Ceci amène du reste à préférer l'expression de « droit de communication » à celle de « droit de représentation publique », plutôt désuète — mais qui ne change rien au fond. On peut tout de même regretter que le législateur français n'ait pas osé franchir le pas en désignant, dans le fil des textes internationaux et communautaires, directement ce droit comme un « droit de communication⁴³¹ ». D'après la loi française pourtant, la représentation consiste bien dans la communication au public d'une œuvre.

Malgré tout, cette notion de « communication » n'est pas explicitement définie par la loi bien que cette notion ne soit pas dépourvue d'ambiguïté⁴³². En effet, la « communication » est à la fois un processus souvent complexe et un critère. Processus, il s'identifie à « l'exploitation de l'œuvre ». Elle peut s'étaler dans le temps, requérir une chaîne d'actes et ne recueillir, pour finir, aucune réponse du public. Critère, elle précise, dans cet ensemble, l'acte décisif qui met en jeu le droit de l'auteur ou exige une nouvelle autorisation ». Juridiquement, l'opération de communication s'analyse en une délivrance. La délivrance de la forme qui n'est que le moyen de faire connaître et partager ce que l'auteur a conçu⁴³³, ne peut se réaliser que par celle d'un support. Mais la technique permet aussi de reconstituer la forme écrite, ou vivante, à l'aide d'un support indépendant de cette forme qui appartient à l'exploitant (cinéma, téléviseur placé dans un lieu public) ou au public lui-même (poste de télévision etc....). L'exploitant se borne à laisser le public prendre connaissance de l'œuvre. Mais rien n'interdit, lorsque la technique le permet, de livrer la forme (sonore ou audiovisuelle) à domicile moyennant le prix du service de télécommunication que cela représente. C'est la grande nouveauté de la télédiffusion.

⁴³⁰ A vrai dire, il ne paraît pas illégitime de continuer à parler de communication directe, quelque soit le *medium* utilisé, ce qui fait apparaître la différence avec la reproduction. Dans le même sens : TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n°262.

⁴³¹ En ce sens, M. VIVANT, *Analyse critique et prospective* in : *La Transposition de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information en France*, IRPI-Max Planck Institute : PI. 2005, n°15, p.146, spéc. N°11 ; l'observation vaut plus encore si on juge qu'on se trouve dans une situation dite d'harmonisation totale, qui ne laisse pas de liberté aux Etats-membres.

⁴³² Ph. GAUDRAT, *Règles générales. Droit de représentation*, fasc. 1242, J-CL., Propriété littéraire et artistique, LexisNexis SA, Paris, 30 septembre 2003, et mise à jour du 3 mai 2010 et du 27 octobre 2010.

⁴³³ Voir à ce propos Ph. GAUDRAT, *ibid.* : « l'œuvre véritable consiste dans ce que l'auteur a conçu en son esprit et que l'amateur reconstitue dans le sien à partir de cette forme intermédiaire », ?

La télédiffusion prévue à l'art. L.122-2.2° *CPI* est bien l'un des procédés permettant une représentation. Mais cette notion de télédiffusion est également une source d'ambiguïté. Défini par la loi comme une « diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de données, et de messages de toute nature », cette terminologie dont le vocabulaire est technique est emprunté au droit des télécommunication est dangereusement réducteur. En fait, la télédiffusion est un terme générique regroupant principalement mais non exclusivement, les trois modes que sont la voie hertzienne, le câble et le satellite. Le terme de télédiffusion est donc large et technologiquement neutre. C'est pourquoi, la transmission numérique est bien comprise dans la télédiffusion et constitue par la-même une représentation. Cette réponse ne s'imposait cependant pas naturellement.

La télédiffusion peut-elle à proprement parler être considérée comme une communication vis-à-vis d'un public ? Une représentation n'est soumise au monopole que si elle communique l'œuvre au public. Bien que la loi se contente de viser la « communication », on s'accorde à considérer que ce qui compte est « la mise à la disposition » du public, de sorte qu'il est indifférent que la communication ne soit pas effective et qu'il suffit d'un public potentiel. Par conséquent, une transmission numérique est bien une représentation. L'initiative de diffuser ou de rendre accessible une œuvre en réseau est un acte de représentation. Peu importe que le public destinataire de la communication au public ait une certaine faculté de choix du lieu et du moment afin de jouir ou d'exploiter les œuvres. Les systèmes de *Pay per view* et de vidéo à la demande sont donc des actes de représentation. De même, celui qui numérise une œuvre (acte de reproduction) et la met en ligne sur *internet* met cette œuvre à la disposition d'un public spécifique. Que l'œuvre soit diffusée par radio ou par télévision, il s'agit toujours de représentations primaires.

Par contre, lorsque l'appareil de télévision est placé dans un lieu accessible au public, alors il y a représentation secondaire. C'est le cas du cafetier, qui place son téléviseur dans un bar. Dans le prolongement de la jurisprudence sur les chambres d'hôtel⁴³⁴, la doctrine et les tribunaux⁴³⁵ se sont très tôt attachés au phénomène de dissémination pour juger qu'il y avait bien représentation.

Les tribunaux français ont principalement été amenés à se prononcer sur les litiges opposant les entreprises de télévision et des hôtels. C'est à l'occasion de ce type de litiges que la *CJUE* a été amenée à se prononcer sur les critères retenus pour qualifier un acte de communication au public. Dans les développements suivants, c'est la jurisprudence traditionnelle de la *CCA* qui va retenir notre attention, c'est-à-dire la jurisprudence rendue en France, avant que l'argumentation française ne s'inspire de l'argumentation développée par les juges sur le plan européen. En France, le problème posé peut être synthétisé de la façon suivante : les entreprises de télévision demandaient aux hôtels le paiement d'une redevance supplémentaire pour représentation de leurs émissions dans les chambres d'hôtel, un paiement refusé par les hôtels. On peut donc résumer la question juridique de la manière

⁴³⁴ Constitue un public l'ensemble des clients d'un hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle (Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, Bull. civ. N°144 ; D.1994, 450, note Gautier ; D. 1995. Somm.57, obs. Colombet ; JCP 1994. II. 22273, note Galloux ; RIDA 1995, n°161, 367, note Kéréver, Rev. dr. propr. intell. 1994, n°52, 58 ; RTD com. 1994.272, obs. FRANÇON ; Juris-Data n°1994-00840.- Paris, 1^{re} ch., 20 sept. 1995, Juris-Data n°1995-023460).

⁴³⁵ La solution est de fait acquise pour le juge depuis longtemps. En France, la décision de principe est T.com.Paris, réf., 3 mars 1997, JCP G 1997.II.22840, note Olivier et Barby ; E.I. 657, n°24, obs. Vivant et le Stanc ; 1999. E, p.318, obs. GREGOIRE, Juris-Data n°1997-057135.

suivante : La réception de programmes dans une chambre d'hôtel doit-elle être considérée comme un mode de représentation distinct de l'émission de ces programmes ?

Après de long errements jurisprudentiels, la Cour de Cassation a finalement arrêté sa position dans l'affaire *CNN c/ Novotel*. L'affaire *Sté Cable News Network c/ Novotel* rendu le 6 avril 1994 allait donner à la jurisprudence l'occasion de modifier sa position. L'hôtel Novotel Paris-les-Halles, avait installé sur son toit une antenne permettant de capter et de redistribuer un grand nombre de chaînes⁴³⁶ dont une, orientée sur le satellite Intelsat, qui permettait de capter la chaîne *Cable News Network* (CNN). Estimant que cette « réémission » à destination des chambres des clients est illicite, la CNN mit l'hôtel en demeure de régulariser la situation en concluant un contrat de licence. L'hôtel refusa, ce qui lia le contentieux.

Au niveau des affaires précédentes, il est intéressant de noter que le rôle estimé passif de l'hôtelier était neutralisé, si bien que tout le débat se focalisait sur la nature du lieu de réception. En effet, la jurisprudence précédente avait substantiellement dégagée le principe directeur suivant : les personnes occupant les chambres d'hôtel – lieu privé par excellence – étaient assimilées au « cercle de famille », de sorte que l'hôtelier qui mettait à leur disposition un poste de radio échappait à tout paiement de redevances. En plaçant des postes de radio dans les chambres, y compris lorsque les appareils fonctionnaient au moyen d'un moniteur, l'hôtelier agissait comme un loueur d'appareil au rôle passif et non comme un diffuseur et cela même lorsqu'il captait les émissions par un récepteur central retransmettant les programmes dans les chambres. C'est à la Cour de cassation, qu'il revient d'avoir recentré le débat en sortant de la controverse sur la nature du lieu et en réintroduisant la fonction centrale de l'hôtelier de manière à donner sa cohésion et sa réalité au public.

Elle estima que la société hôtelière qui offre à sa clientèle la possibilité de capter dans les chambres les programmes de télévision diffusés par une chaîne, en l'occurrence américaine, réalise un acte de communication au public constitutif d'une représentation⁴³⁷, car « l'ensemble des clients d'un hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public à qui la direction de l'établissement transmet les programmes de télévision, dans l'exercice et pour les besoins de son commerce »⁴³⁸.

Indubitablement cette décision donne une nouvelle direction à la jurisprudence et apporte une pierre importante à l'édifice du droit de représentation. Le rôle de l'hôtelier n'est ni passif ni étranger à la communication. Il « transmet » les programmes, ce qui veut bien dire, par référence au vocabulaire légal, qu'il les réémet. Il faut cependant souligner qu'une telle approche de la CCA n'a été rendue possible que par la réforme du 3 juillet 1985, puisque l'art. L.132-20, 2° exclut du champ de l'autorisation initiale la communication de la télédiffusion, non pas seulement dans un lieu public mais « dans un lieu accessible au public ». Ce changement de formulation n'est pas accidentel et traduit, au contraire, la volonté du législateur de renverser la jurisprudence « le Printemps » (voir plus bas). En effet, l'hôtelier ne peut acquérir la qualité de diffuseur actif que lorsque cette diffusion s'effectue envers un

⁴³⁶ P. TAFFOREAU, Monnerie Cédric, „Droit de la propriété intellectuelle », Master Pro, 3^e édition, Gualino, lextenso éditions, 2012.

⁴³⁷ Cass. Civ. I, 6 avril 1994, « CNN c. Novotel », Bull. civ. I, I n°144, p.105 : RIDA, juillet 1994, p.367, obs. A. KEREVER; D., 1994, p.450, obs. P.-Y. GAUTIER, JCP, éd. G, 1994-II-22273, obs. J.-C. GALLOUX- cassation de Paris, 10 janvier 1992 : RIDA, juillet 1992, p.174, obs. A. KEREVER et sur renvoi : Paris, 20 septembre 1995 : RIDA, avril 1996, p.277, Gaz. Pal., 1996-I-105, concl. B. GIZARDIN.

⁴³⁸ Cass. 1^{re} civ. 6 avril 1994 : RIDA 3/1994, p.367, note KEREVER ; JCP G 1994, II, 22273, note GALLOUX ; D. 1994, p.450, note GAUTIER.

nouveau public. C'est pourquoi, il fallait impérativement admettre que les occupants d'une chambre d'hôtel constituent précisément un public, afin que l'hôtelier sorte de son rôle passif.

Bien que cet arrêt soit novateur, il laisse certaines zones d'ombres. En effet, la Cour reste assez elliptique sur ce qui fait précisément de l'hôtelier un exploitant. L'arrêt lui confère la qualité d'exploitant parce qu'il transmet des programmes de télévision dans l'exercice et pour les besoins de son commerce. « Transmettre » implique de recevoir d'un côté pour envoyer de l'autre. Techniquement, ce terme est exact, mais il est neutre ou ambivalent sur le plan juridique. C'est parce qu'il ne spécifie pas clairement les raisons pour lesquelles l'hôtelier est, en l'espèce, un exploitant que l'arrêt recèle de potentialités de dérapages.

Ainsi, l'hôtelier pourrait être un exploitant pour deux raisons : parce qu'il dessert un nouvel public relativement à l'exploitation hertzienne en cause : ce serait un public d'exploitation non visé dans l'autorisation initiale de radiodiffusion ; parce que, donnant accès au même public, c'est-à-dire au public inclus dans la zone de couverture, il a une activité de distribution indépendante. Ces deux lectures sont cumulativement vérifiées dans le cas de l'hôtelier. A défaut de dégager positivement ce qui fait qu'un hôtelier ait la qualité d'exploitant, on peut rechercher les critères qui excluent une telle exploitation, à travers une lecture implicite de l'arrêt *CNN*.

Le critère reconnu permettant de considérer qu'un hôtelier exerce une activité de distribution indépendante est le fait qu'il maîtrise tout le processus de délivrance finale puisqu'il est propriétaire de l'intégralité des équipements à l'aide desquels le public accède aux œuvres. Or ce critère n'est pas suffisant puisqu'il faut qu'il soit « indépendant » du télédiffuseur primaire et également indépendant du public qu'il dessert. Il n'est pas un prestataire technique auquel le public a confié la gestion de l'installation de réception, il est un entrepreneur d'hôtellerie qui, pour son compte, offre à sa clientèle une prestation supplémentaire d'accès aux œuvres. Il peut en effet, à sa guise, ouvrir ou fermer son établissement, connecter ou déconnecter le public. Là gît son pouvoir de propriétaire. Il fait amortir par le client l'installation et intègre, au prix qu'il facture, le supplément d'agrément que confère la jouissance des œuvres ; il est évident que, soumis à perception, il répercutera la charge des droits d'auteurs sur le prix de la chambre.

Ce qui est intéressant avec l'arrêt *CNN*, c'est qu'on peut fixer un seuil à compter duquel cesse l'exploitation. Trois raisons suffisent individuellement à exclure l'exploitation : l'intervention indirecte de l'hôtelier, l'intervention pour le compte d'autrui ou l'intervention dans la phase de réception. L'hôtelier exerçant une activité de distribution indépendante est bien sûr à différencier des professionnels qui réalisent des prestations techniques sur l'infrastructure d'émission. Les prestataires techniques ne peuvent être tenus pour des exploitants et cela même s'ils concourent à permettre la réception des œuvres par le public. Leur prestation ne porte que sur l'établissement et l'entretien des moyens de la communication, non sur la délivrance des œuvres. Il est clair, que si les moyens sont défectueux, la délivrance est impossible. Mais ce n'est pas parce qu'ils établissent (installateurs) ou réalisent (mainteneurs) les moyens de la communication qu'ils prennent la responsabilité de la délivrance.

Dans le but d'analyser l'affaire *CNN c/ Novotel*, il est nécessaire de s'intéresser à la jurisprudence antérieure.

Avant même la réforme de 1985, une question était posée et donnait lieu à un contentieux quelque peu byzantin⁴³⁹. Il s'agissait de savoir, si l'hôtelier qui met à la disposition de ses clients dans leurs chambres des appareils de radio et de télévision individuels, se livre ou non à un acte de représentation. En effet, dans sa rédaction originelle, l'art. 27 de la loi du 11 mars 1957 visait seulement la communication de l'émission « dans un lieu public ». Dans l'arrêt *Le Printemps*⁴⁴⁰, la Cour de cassation en avait déduite que l'hôtelier qui se bornait à placer des postes de radio dans les chambres – lieux privés et non publics, selon la Cour – bénéficiait de l'autorisation de représentation donnée à l'organisme de radiodiffusion, y compris lorsque les appareils fonctionnaient au moyen d'un monnayeur⁴⁴¹. L'hôtelier agissait comme un loueur d'appareil et non comme un diffuseur et ceci même lorsque l'hôtel captait les émissions par un récepteur central retransmettant les programmes dans les chambres⁴⁴², au motif que la chambre n'est pas un lieu public⁴⁴³. Mais la jurisprudence avait estimé que l'hôtelier était tributaire du droit d'auteur s'il utilisait des bades enregistrées⁴⁴⁴.

Alors que la définition du droit de reproduction met l'accent sur la fixation de l'œuvre permettant de la communiquer au public, celle du droit de représentation se focalise sur la décision de *communiquer l'œuvre à un public déterminé*, que ce public soit ou non présent au lieu d'origine de la communication. Ce qui importe, c'est la *finalité* de l'acte : la volonté de présenter l'œuvre à un public.

Lorsqu'une œuvre est communiquée par la lecture à voix haute d'un texte, ou par le fait de jouer un instrument de musique en l'absence d'un public, alors il y a « communication », mais absence de public. Les deux conditions de « communication » et « de public » doivent être réunies. Si l'une des conditions manque, alors cet acte ne relève pas du droit d'auteur.

Après avoir présenté de manière parallèle, les éléments dégagés d'une part, par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et d'autre part, par le droit allemand et français, permettant de caractériser l'initiative prise en vue d'une communication et la notion de communication per se, il s'agit à présent de s'intéresser à la destination de la communication.

§ 2- La destination de la communication

La communication (du latin *communicatio, communicare*) poursuit le but de transmettre quelque chose à quelqu'un. Dans le contexte présent, il s'agit de communiquer une œuvre à destination d'un public, d'entrer dans une relation d'échange dynamique et interactive. La terminologie employée au niveau européen est bien celle d'une « communication au public ». Sans public, il n'y a pas de droit d'exploitation. C'est pourquoi, il est essentiel de rechercher les contours et le contenu de la notion de public, que ce soit sur le plan européen ou national, en

⁴³⁹ H. DESBOIS, n°269 s.

⁴⁴⁰ Cass.civ. I, 23 novembre 1971, « Le Printemps », Bull.civ. I, n°294, p.251, D., 1972, p.95, obs. R.L. ; RTD com., 1972, p.373, obs. DESBOIS.

⁴⁴¹ Paris, 20 juin 1962, « Hôtel Lutétia », Gaz. Pal., 1962-2-190, RTD com., 1963, p.101, obs. DESBOIS.

⁴⁴² Cass.civ. I, 23 novembre 1971, « Le Printemps », Bull. civ. I, n°294, p.251, D., 1972, p.95, obs. R.L. ; RTD com., 1972, p.373, obs. DESBOIS (rejet du pourvoi c. Paris, 13 mai 1970, Gaz. Pal., 1970-2-46, confirmant TGI Seine, 7 juillet 1969 : RIDA, janvier 1970, p.224, obs. DESBOIS).

⁴⁴³ C. COLOMBET, Précis, 8^e éd., n°207 ; DESBOIS, n°269, bis.

⁴⁴⁴ Paris, 18 septembre 1974, « Hôtel Hilton » : RIDA, janvier 1975, p.112, D., 1975 som. 87, confirmation de : TGI Paris, 23 mai 1975 : RIDA, juillet 1973, p.125.

France et en Allemagne. En plus de communiquer, une communication peut poursuivre un but économique. Une communication au public ne peut-elle faire l'objet d'un monopole que lorsqu'elle est réalisée dans un but lucratif ? C'est à cette question qu'on va tenter de répondre en analysant la jurisprudence européenne et en recherchant un « pendant » à cette argumentation en droit français et allemand.

C'est toujours dans un objectif triplement comparatif, sans toutefois chercher à commenter la jurisprudence européenne en adoptant de manière subjective un point de vue français ou allemand, qu'on présentera de manière parallèle la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (§ 1) et le droit français et allemand (§ 2).

A- Evolution de la jurisprudence de la CJUE

La communication semble poursuivre deux destinations, viser deux objectifs : atteindre les membres du public, destinataires de cette communication (1) et poursuivre parfois un but lucratif (2).

1- Le public : destinataire de la communication

Le public n'étant pas défini par le texte de la directive *InfoSoc*, la *CJUE* a le mérite d'éclairer la notion de public dans le cadre de sa jurisprudence. La recherche de la définition du public est nécessaire puisque la *CJUE* précise bien, que le caractère privé d'une chambre d'hôtel ne fait pas obstacle à ce qu'un acte d'utilisation d'une œuvre soit qualifié de communication au public⁴⁴⁵. La *CJUE* ne se contente pas de dégager les éléments qui n'influencent pas la notion de public mais elle cherche également à définir positivement ce public. La délimitation des contours et du contenu de la notion de public n'a cependant pas fait l'objet d'une démarche linéaire de la part de la *CJUE*. C'est au contraire par précisions et compléments successifs que la *CJUE* a finalement dégagé une définition autonome et indépendante de cette notion. D'une part, la *CJUE* a confirmé et complété la définition du public dégagée pour la première fois à l'occasion de questions préjudicielles ne portant pas sur des questions de droit d'auteur. D'autre part, la *CJUE* va reprendre des éléments développés certes dans un autre contexte que le droit d'auteur, mais qui définissent la communication au public. Finalement, comme un aboutissement, deux critères qualitatifs et quantitatifs bien cernés ont été établis et repris dans sa jurisprudence postérieure. Premièrement, le public est constitué d'un « nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels » (a) et deuxièmement, d'un « nombre de personnes important » (b).

a- Le public : un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels

Avant d'analyser le bien fondé de ce critère et sa mise en oeuvre par la Cour de Justice de l'Union Européenne (bb), il est nécessaire de rappeler la genèse de ce critère au fil des premiers arrêts de la *CJUE* (aa).

⁴⁴⁵ Arrêt *SGAE c/Rafaël Hoteles*, n° 50.

aa- Présentation de ce critère

Dans les premiers arrêts de la *CJUE* (voir notamment les arrêts *Mediakabel*⁴⁴⁶ et *Lagardère*⁴⁴⁷) de la *CJUE*, le public est constitué d'un *nombre indéterminé de téléspectateurs*. Il s'agit alors d'un critère unique qui va, en partie, être requis au niveau de l'argumentation de la Cour dans les affaires *Rafaël Hoteles*⁴⁴⁸ et celle du 15 mars 2012, tout en étant complétée par d'autres critères.

Dans l'affaire *Mediakabel*, la notion de public a été définie à l'occasion d'un litige engagé par une société néerlandaise à propos de la nécessité d'une autorisation préalable aux Pays-Bas pour la diffusion d'un service télévisuel payant. En l'espèce, il s'agissait de déterminer, si le service télévisuel pouvait être considéré comme une « émission de programmes télévisés destinés au public » au sens de la directive 89/522. C'est dans ce contexte que la Cour a estimé que le public auquel est destiné le service de radiodiffusion télévisuelle suppose un « *nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels*, auprès desquels les mêmes images sont simultanément transmises »⁴⁴⁹.

La question est de savoir, si la définition du « public » telle que proposée par la *CJUE* dans l'arrêt *Mediakabel* peut-être transposée par analogie afin de caractériser une « communication au public ». La portée de cette définition a fait l'objet de questionnements et de controverses⁴⁵⁰. Malgré ces questionnements, on peut constater que cette définition a été reprise dans l'affaire *Lagardère*.

Dans l'arrêt *Lagardère*⁴⁵¹, le « public » est défini comme étant un « nombre indéterminé d'*auditeurs potentiels*⁴⁵² ». La définition est cette fois-ci directement liée à la notion de communication au public, non pas dans le sens du droit d'auteur, mais dans le sens de la directive 93/83 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble. Dans cet arrêt, la recherche de la définition de la « communication au public » a été évoquée dans le cadre plus large d'une question relative au droit international privé.

La question préjudicielle posée tentait d'identifier les conditions pour bénéficier du régime de la seule loi du pays d'émission. En l'espèce, une société de radiodiffusion française « *Lagardère* » transmet ses émissions vers un satellite qui les renvoie vers des réémetteurs situés en France, qui les diffusent par voie hertzienne. Pour pallier une insuffisance de couverture du territoire français, le satellite transmet aussi les émissions à un émetteur situé en Allemagne appartenant à une filiale de « *Lagardère* », la « *CERT* ». Les émissions, notamment les messages publicitaires sont destinés à la France mais sont toutefois reçues pour des raisons purement techniques, dans un périmètre restreint en Allemagne. « *Lagardère* » diffuse des phonogrammes dans ses émissions et doit donc verser une redevance à ce titre à la GVL (l'homologue allemande de la Société pour la perception de la rémunération équitable). *Lagardère* voudrait cependant déduire des sommes versées à la SPRE [??], celles que sa filiale versait à la GVL (*Gesellschaft zur Verwertung von*

⁴⁴⁶ *CJUE*, 2 juin 2005, *Mediakabel* affaire C-89/04.

⁴⁴⁷ *CJUE*, 14 juil. 2005, *Largardère* affaire C-192/04.

⁴⁴⁸ *CJUE*, 7 déc. 2006, *SGAE c/Rafael Hoteles SA*, affaire C-306/05.

⁴⁴⁹ Arrêt *Mediakabel*, n° 30.

⁴⁵⁰ Voir à ce propos, tout ce qui concerne l'analyse de la jurisprudence.

⁴⁵¹ *CJUE*, 14 juillet 2005, *Lagardère Active Broadcast*, C-192/04.

⁴⁵² On utilise ici la terminologie « d'auditeurs potentiels » et non de « téléspectateurs potentiels ».

Leistungsschutzrechten). La première question préjudicielle concernait le point de savoir si cette double redevance était justifiée au regard de la directive de 1993⁴⁵³. En effet, un des objectifs de la directive 93/83 vise à exclure, pour la radiodiffusion par satellite, l'application cumulative de plusieurs lois nationales au profit de l'application d'une seule loi sur le droit d'auteur, à savoir la loi du pays d'émission⁴⁵⁴. Encore faut-il que la radiodiffusion en cause constitue réellement « une communication au public »⁴⁵⁵. C'est dans ce contexte, que la Cour est amenée à se prononcer sur la définition d'une « communication au public » et plus particulièrement sur la notion de public.

Dans sa réponse, la Cour indique que ce régime de la seule loi du pays d'émission ne s'applique que lorsque le public capte les signaux individuellement et directement à partir desdits satellites⁴⁵⁶. Or en l'espèce, les signaux ne sont captés que par un cercle limité de personnes, au moyen d'un équipement professionnel. A ce propos, la Cour précise qu'un tel cercle ne constitue pas un public, dès lors qu'il ne correspond pas à un nombre indéterminé d'auditeurs potentiels. *A contrario*, le public doit être constitué par un nombre indéterminé d'auditeurs potentiels. Les commentaires de l'époque doutent à nouveau de la portée de cette définition.

Pourtant, la CJUE va reprendre pour partie cette définition dans les affaires *Rafaël Hoteles* et les *affaires du 15 mars 2012* tout en complétant cette définition par d'autres critères.

Dans l'arrêt *Rafaël Hoteles*, la Cour de justice de l'Union européenne propose, pour la première fois⁴⁵⁷, une interprétation autonome et uniforme de la notion de « public » dans le cadre de l'interprétation du droit exclusif de « communication au public » au sens de l'art. 3 de la directive 2001/29/CE relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁴⁵⁸. Le cas particulier soumis à la Cour de justice, dans cette affaire concerne l'acte suivant : un établissement hôtelier opère la distribution d'un signal à sa clientèle au moyen d'appareils de télévision qui sont installés dans les chambres de l'hôtel, la distribution du signal permettant aux clients d'avoir accès à des œuvres audiovisuelles.

Une question préjudicielle posée à la Cour était de savoir si l'acte ainsi réalisé pouvait être considéré comme un acte de communication publique. La Cour répond par l'affirmative⁴⁵⁹ en soulignant à nouveau que le public peut être défini comme un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels. A nouveau, les commentaires de l'époque émettent des doutes quant à la généralisation de ce critère. Pourtant, la Cour de justice a à plusieurs reprises confirmé ce critère. On peut donc en déduire une volonté de généraliser ce critère.

⁴⁵³ Arrêt *Lagardère*, n° 18.

⁴⁵⁴ Arrêt *Lagardère*, n° 27.

⁴⁵⁵ Arrêt *Lagardère*, n° 22.

⁴⁵⁶ Arrêt *Lagardère*, n° 30.

⁴⁵⁷ B. MICHAUX, *La Cour de justice interprète la notion de communication au public : l'arrêt SGAE c. Rafaël Hoteles*, Auteurs&Media 2007/3, Doctrine, Droit d'auteur, De Boeck&Larcier, s.a., Editions Larcier, Bruxelles, 2007, p. 303.

⁴⁵⁸ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. L'article 3 de cette directive impose aux Etats membres de prévoir le droit exclusif pour les auteurs « d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fils, y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

⁴⁵⁹ Arrêt *SGAE c/Rafael Hoteles*, n° 47.

D'ailleurs, le critère du nombre « indéterminé de destinataires potentiels » va une fois de plus être confirmé par les deux arrêts du 15 mars 2012, définissant ainsi la notion de public au niveau des droits voisins. En plus de ce premier critère du « nombre indéterminé de destinataires potentiels » déjà évoqué par la jurisprudence précédente, il est intéressant de noter, que les deux arrêts ont permis de compléter la définition du « public » par rapport aux arrêts antérieurs en faisant référence à la notion de « transmission publique » (communication au public) donnée par le glossaire de l'OMPI⁴⁶⁰. Sans avoir force obligatoire de droit, ce glossaire contribue à l'interprétation de la notion de public. Ainsi, il s'agit de « rendre perceptible une œuvre [...] de toute manière appropriée, à des personnes en général, par opposition à des personnes déterminées appartenant à un groupe privé⁴⁶¹ ». *A contrario*, le public est donc composé de personnes indéterminées. Ainsi, les clients d'un établissement hôtelier constituent un nombre indéterminé de destinataires potentiels, dans la mesure où l'accès de ces clients aux services dudit établissement résulte, en principe, du choix propre à chacun d'entre eux et n'est limité que par la capacité d'accueil de l'établissement en question⁴⁶². Au contraire, selon la CJUE, les clients d'un dentiste forment un ensemble de personnes dont la composition est largement stabilisée. Ces clients constituant par conséquent un ensemble de destinataires potentiels déterminés, ne forment donc pas un public⁴⁶³.

bb- Analyse de ce critère

Le critère du « nombre indéterminé de destinataires potentiels » n'est prévu par aucun texte de la directive. Seul l'affaire *Marco del Corso* fait référence au glossaire de l'OMPI, qui n'a pourtant pas force obligatoire de droit⁴⁶⁴, afin de préciser l'interprétation à donner au caractère « indéterminé » du public. Par conséquent, la CJUE ne se contente pas d'interpréter les textes de la directive mais procède bien à une création de droit. Le critère du « nombre indéterminé de destinataires potentiels » n'allait pas de soi et on peut souligner que l'application qui en est fait par la Cour de justice européenne n'est pas convaincante. Pour analyser ce critère, il semble nécessaire de dissocier le critère du « nombre indéterminé de destinataires potentiels » en appréciant d'abord, « le nombre indéterminé » puis « le caractère potentiel des destinataires ».

Premièrement, la CJUE apporte des éléments complémentaires permettant d'interpréter le caractère *indéterminé* du public dans l'affaire *Marco del Corso*. Selon le glossaire de l'OMPI, cité par la Cour⁴⁶⁵, il s'agit de « rendre perceptible une œuvre [...] de toute manière appropriée, à des personnes en général, par opposition à des personnes déterminées appartenant à un groupe privé ». Pour la CJUE, un nombre indéterminé de destinataires est donc à définir *a contrario* de « personnes déterminées appartenant à un groupe privé ». Analysons donc tout d'abord séparément les notions de « personnes déterminées » et de

⁴⁶⁰ Glossaire de l'OMPI.

⁴⁶¹ Arrêt PPL, n° 34.

⁴⁶² Arrêt PPL, n° 41.

⁴⁶³ Arrêt *Marco del Corso*, n° 95.

⁴⁶⁴ Arrêt *Marco Del Corso*, n° 85.

⁴⁶⁵ Arrêt *Marco Del Corso*, n° 85.

« groupe privé » avant de commenter la combinaison des deux terminologies, si tel est envisageable⁴⁶⁶.

Quelles sont les personnes « déterminées » ? Pour le *CJUE*, les personnes déterminées appartiennent à « un groupe privé ». Il faut donc commencer par rechercher la signification que peut avoir « un groupe privé ». Or ni l'*OMPI*, ni la Cour de l'Union européenne ne définit cette terminologie. On ne peut donc se référer qu'au droit national français et allemand. Or cette terminologie n'est présente ni dans le code de droit d'auteur allemand, ni dans le code de propriété intellectuelle français. Pour éclairer cette terminologie, il faut donc procéder à une analogie avec des terminologies proches utilisées au niveau national, ce qui n'est pas évident.

En droit français, la seule notion pouvant être rapprochée de cette terminologie est la notion de « cercle de famille⁴⁶⁷ ». Or littéralement, le cercle de famille est composé des membres d'une famille⁴⁶⁸, quoique la famille ne soit bien sûr pas réduite aux personnes ayant un lien de parenté biologique. D'après les commentaires du Code de la propriété intellectuelle⁴⁶⁹, la notion du cercle de famille est « volontairement floue ». Cependant un cercle de famille n'est pas une « simple communauté de goûts, de croyance, d'intérêt ou d'activités⁴⁷⁰ », ni d'échange par le biais d'un logiciel de *peer to peer*⁴⁷¹. Selon la jurisprudence, le cercle de famille doit donc s'entendre de façon restrictive et concerner « les personnes parents ou amis très proches, qui sont unis de façon habituelle par les liens familiaux ou d'intimité »⁴⁷². Bien que la notion de groupe privé ne soit pas définie par la *CJUE*, on peut émettre l'hypothèse qu'un groupe privé a une signification plus large qu'un cercle de famille au sens de la loi française. En effet, on peut considérer qu'un groupe privé est également composé de personnes n'ayant pas de liens familiaux ou intimes. Le doute subsiste quant à savoir si on peut faire un parallèle entre le caractère privé d'un groupe et les relations personnelles liant des personnes.

En droit allemand, la loi ne prévoit pas non plus de terminologie équivalente à un « groupe privé » de personnes, mais précise par une interprétation *a contrario* de l'art. 15 paragraphe 3 sous-section 2 de la loi sur le droit d'auteur, « qu'une personne n'est pas membre du public lorsque celle-ci est liée par des relations personnelles, avec celui qui exploite l'œuvre ou avec les autres personnes qui perçoivent celle-ci ou vis-à-vis desquels l'œuvre a été mise à disposition⁴⁷³ ».

⁴⁶⁶ A. WIEBE, *Keine öffentliche Wiedergabe durch Kabelweiterleitung in eine Wohnanlage – Ramses*, NJW 2016, 807 (813). Mr. Wiebe émet des doutes quant au fait de savoir si les notions de „personnes déterminées“ et „de groupe privé“ constituent deux critères distincts ou deux critères liés.

⁴⁶⁷ Art. L.122-5 1° *CPI*.

⁴⁶⁸ Voir en ce sens DOUALA, 3 mars 1967: RTD com. 1968. 346, obs. DESBOIS

⁴⁶⁹ *CPI*, 12^{ème} édition, commenté par Sirinelli, Durande, Latreille, Editions Dalloz 2012, p. 154.

⁴⁷⁰ Voir en ce sens Civ.1^{ère}, 14 juin 1972 : D.1972. 659 ; RTD com. 1973. 262, note DESBOIS.

⁴⁷¹ Voir en ce sens : Aix-en-Provence, 5 sept. 2007 : CCE 2007, n°130, note CARON ; *ibid.* 2008. Chron. 4, § 15, obs. DEVERAT ; JCP 2008, II, N°10065, note GEIGER ; Propr. Intell. 2008, N°26, p. 110 ; RIDA oct. 2007, p. 267, note SIRINELLI ; *ibid.* janv. 2008, p.229, Chron. BENABOU.

⁴⁷² T. corr. Paris, 24 janvier. 1984 : Gaz. Pal. 1984. 1. 240, note MARCHI.

⁴⁷³ Traduction en français et lecture *a contrario* de l'article 15 (3) 2 : « Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist ».

Il s'agit donc de déterminer avec plus de précision, ce que la loi allemande sous-entend par la terminologie de « relations personnelles ». Selon Mr. *Dreier*, c'est le caractère « concret de la relation » qui est à prendre en compte. Dans un sens un peu plus large que la notion française de « cercle de famille », la relation personnelle ne concerne pas seulement les membres d'une famille ou les amis, mais aussi un contact restreint, qui doit être réciproque. C'est le cas par exemple dans un hôpital⁴⁷⁴ ou dans le cadre d'un cours de danse⁴⁷⁵. Comme en France cependant, il ne s'agit pas d'une relation technique, dans le cadre d'échanges *peer to peer*⁴⁷⁶ ou d'une communauté d'intérêt⁴⁷⁷. Il ne s'agit donc pas de relations privilégiées avec quelques personnes puisqu'on ne pourrait alors plus parler de relations personnelles. Certains indices issus de la jurisprudence permettent de préciser la qualité personnelle de la relation. En présence d'un nombre important de personnes, la jurisprudence a rarement reconnu un lien personnel liant les personnes. A l'inverse, la probabilité de qualifier une relation de « personnelle » est plus grande, lorsque le nombre de personnes présent est restreint.

Rien n'indique cependant si les relations au sein d'un groupe « privé » au sens du glossaire de l'*OMPI* doivent être personnelles. En effet, les personnes appartenant à ce groupe privé doivent être « déterminées ». Encore faut-il s'entendre sur la signification à donner au mot « déterminé ». Contrairement à l'arrêt de la *CJUE*, le glossaire n'évoque que les « personnes déterminées » et non le « nombre indéterminé » de personnes comme le fait la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁷⁸.

Quelles sont les personnes pouvant être considérées comme « déterminées » ? Sont-elles identifiables ? Dans ce cas, un public peut très bien être constitué de personnes déterminées, identifiables, sans pour autant cesser d'être un public. C'est le cas d'un public présent dans une salle de concert. On peut très bien identifier les personnes ayant achetées un billet. Par ailleurs, comme le laisse supposer la Cour européenne de justice, on peut aussi considérer que le nombre de personnes est déterminé, lorsque le nombre de celles-ci reste stable. C'est par exemple le cas des étudiants présents d'une semaine sur l'autre dans un amphithéâtre à l'Université. Il en va de même lorsque l'ensemble d'un hôtel est réservé durant une semaine dans le cadre d'un colloque. Le nombre de personnes séjournant à l'hôtel est alors identique. Reste à savoir la durée durant laquelle, ce nombre de personnes doit rester identique, pour pouvoir être qualifié de « nombre déterminé ». En outre, le critère du « nombre de personnes déterminées » peut même faire l'objet d'une compréhension plus restrictive. Un nombre de personnes déterminé peut être un nombre de personnes connu. Dans un théâtre, on connaît le nombre de places disponibles pouvant être vendues. De même, un hôtelier connaît le nombre de chambres pouvant être mises à la disposition de vacanciers. Chez le dentiste aussi, le nombre de patients soignés dans un cabinet dentaire est connu, puisque chaque patient bénéficie d'un suivi individuel et d'un dossier.

Reste à savoir, si le public s'apprécie *a contrario* d'un groupe privé. Le raisonnement serait alors le suivant : le groupe privé ayant une définition plus large à l'échelle européenne qu'en droit allemand et français, la notion de public aurait par effet de miroir, une étendue moins large en droit européen, qu'au niveau national. Puisque le public est un élément du droit exclusif de communication au public, l'étendue de ce droit exclusif semble moins large au

⁴⁷⁴ BGH, 11.07.1996- I ZR 22/94 - *Zweibettzimmer im Krankenhaus*.

⁴⁷⁵ BGH : GRUR 1956, 515, 517- *Tanzkurse*. Il doit néanmoins s'agir d'un cours pour des élèves choisis, et non, d'une cour de danse accessible à tout public (voir à ce propos, OLG München : ZUM 1986, 482f.).

⁴⁷⁶ Amtl. Begr., BT-Drucks. 15/38, S.17.

⁴⁷⁷ Par exemple un groupe de travail dans une entreprise, KG (Berlin) : ZUM 2002, 828, 830.f.

⁴⁷⁸ Arrêt *Marco del Corso*, n° 84.

niveau européen qu'en Allemagne. En France aussi, bien que le public ne semble pas constituer un élément explicite de la définition du droit exclusif de représentation, l'étendue du droit exclusif de « communication au public » est de toute évidence moins large au niveau européen qu'en France.

Au-delà d'une appréciation des conséquences de la définition et des contours d'un groupe privé pour l'étendue des droits exclusifs, c'est l'application de ce critère par la *CJUE* que l'on peut critiquer et cela particulièrement dans les arrêts *PPL* et *Marco del Corso*.

Dans l'arrêt *Marco del Corso* concernant à la télédiffusion de phonogrammes dans la salle d'attente d'un dentiste, les patients constituent selon la *CJUE* un nombre déterminé de personnes, et le caractère public n'est donc pas reconnu. Il est vrai que chaque patient est identifiable, et que le nombre de patient est assez stable. Il semble toutefois critiquable de considérer que les patients appartiennent à un « groupe privé », puisque les patients n'entretiennent aucune relation entre eux. Ils partagent le même intérêt, qui est celui de se faire soigner par le dentiste, mais aucune relation familiale ou amicale ne les lie. A l'opposé, les clients présents dans les chambres d'un hôtel constituent un public car un nombre « indéterminé de personnes » y séjourne. Une telle compréhension de ce critère n'est pas convaincante puisque l'hôtelier connaît exactement le nombre de chambres dont il dispose. Le nombre de personnes présent dans un l'hôtel est donc déterminé et les personnes sont identifiables. Toutefois, il est vrai qu'on peut difficilement considérer que les clients d'un hôtel constituent un groupe privé. Par conséquent, c'est surtout le fait de ne pas parvenir à un même résultat pratique dans les deux affaires qui est surprenant. La différence de traitement effectuée par la *CJUE* entre un « cabinet dentaire » et « un hôtel » n'est pas convaincante.

Deuxièmement, la Cour de justice de l'Union européenne considère que le public est constitué de destinataires *potentiels* et non de destinataires *effectifs*. L'œuvre semble donc simplement pouvoir être offerte au destinataire sans qu'elle ait été effectivement transmise. Une œuvre est par exemple offerte au destinataire dès lors qu'elle est mise à disposition sur un site *internet*. Dans un contexte *offline*, cela signifie que les téléspectateurs ne sont pas uniquement pris en compte lorsqu'ils allument effectivement leur télévision. La simple possibilité de visualiser des œuvres et autres services protégés suffit à caractériser l'existence de destinataires.

Dans certains cas pourtant, le droit allemand exige un public *effectivement* atteint dans le but de qualifier un acte de « communication au public ». C'est par exemple le cas, lors d'une représentation théâtrale. Contrairement au droit français, le droit allemand ne qualifie pas un acte de *communication au public*, lorsqu'une représentation théâtrale a lieu en présence d'une salle vide. Le public doit effectivement être présent en vue de qualifier cet acte de *communication au public*. En France, au contraire, on parle de représentation alors même que la salle de spectacle est vide, puisque la présence effective d'un public n'est pas requise. Or cette remarque n'a de pertinence, que si la notion de public est applicable de manière unitaire à tout type de « communication au public ». Comme déjà vue précédemment, la directive n'harmonise pas tout type de « communication au public » mais bien seulement les actes d'exploitation vis-à-vis d'un public non présent à l'endroit où l'acte prend son origine⁴⁷⁹. Une représentation théâtrale ou une récitation devant un public présent au lieu d'origine de cet acte et relevant de l'art. 19 de la loi allemande sur le droit d'auteur n'est pas un acte dont la qualification est harmonisée par la directive *InfoSoc*. Par conséquent, *de lege lata*, la

⁴⁷⁹ Voir à ce sujet le considérant 24 de la directive 2001/29/CE.

conception unitaire de la notion de public de la *CJUE* n'a que peu de conséquences sur le plan national. Toutefois, cet exemple montre que la mise en parallèle d'une terminologie employée par la *CJUE* et d'une terminologie similaire utilisée sur le plan national peut recouvrir une conception différente. Ainsi, un parallèle trop rapide entre deux terminologies employées dans un contexte différent peut induire en erreur. La transposition de terminologies employées dans le cadre d'une structure synthétique des droits au niveau des directives européenne est particulièrement délicate en droit allemand, abordant les différents droits d'exploitation de manière très analytique et détaillée. Au contraire, la conception synthétique française des droits s'accorde bien avec la conception tout aussi synthétique des droits au niveau de la directive. En vue de qualifier un acte de « communication au public », il est indifférent en France, que le public ne soit que potentielle⁴⁸⁰.

En plus du « nombre » indéterminé de téléspectateurs potentiels, la Cour de justice de l'Union européenne retient également le critère du « nombre de personnes important ».

b- Le public : un nombre de personnes important

Alors que le nombre de personnes important est systématiquement retenu pour qualifier un public dans les arrêts dits de la deuxième génération (aa), ce critère exigeant la prise en compte d'un minima de personne n'en est pas moins critiquable (bb).

aa- Présentation de ce critère au regard des premiers arrêts de la CJUE

Dans l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, « le nombre important de personnes » est pris en compte afin d'apprécier la manière dont les clients se succèdent au niveau d'un hôtel. Il en va différemment dans le cadre des deux arrêts du 15 mars 2012, puisque dans ces cas, le « nombre important de personnes » est une prérogative à part entière pour définir le public. A leurs tours, deux éléments permettent de définir ce « nombre important de personnes », dans le cadre de l'arrêt *PPL c/ Irlande*⁴⁸¹ et *SCF c/ Marco del Corso*⁴⁸².

D'une part, la notion de public comporte un *certain seuil de minima*, ce qui exclut de cette notion une pluralité de personnes concernées trop petite, voir insignifiante. D'autre part, afin de déterminer ce nombre, il convient de tenir compte des effets cumulatifs qui résultent de la mise à disposition des œuvres auprès des destinataires potentiels.

Prendre en compte les effets cumulatifs signifie de prendre en compte le nombre de personnes ayant parallèlement ou successivement accès à l'œuvre. En l'espèce, on tient compte des personnes ayant accès à une même œuvre ou objet protégé parallèlement, (donc présentent en même temps, dans différentes chambres d'hôtel) ou ayant successivement accès à l'œuvre ou à l'objet protégé (se succédant dans une même chambre).

⁴⁸⁰ Ch. CARON, *La transmission des œuvres par internet doit être autorisée* : CCE, mai 2013, p. 25 à 26 ; Voir aussi, CA Paris, 20 sept. 1995 : RIDA janv. 1996, p. 277.

⁴⁸¹ Arrêt *PPL*, n° 35.

⁴⁸² *CJUE*, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici c/procuratore generale della Repubblica*, n° 84.

La prise en compte des effets cumulatifs ne sous-entend pas de présupposer l'accès effectif du public aux œuvres audiovisuelles transmises par l'établissement hôtelier. En clair, il importe peu que la clientèle n'ait pas mis en marche l'appareil de télévision⁴⁸³. Il suffit tout simplement qu'ils aient eu la possibilité d'avoir accès aux œuvres.

L'arrêt *SGAE/ Rafaël Hoteles* poursuit cependant une approche très pragmatique. La Cour constate que les clients installés dans leurs chambres, ainsi que ceux qui sont présents dans d'autres parties de l'hôtel où sont installés des postes de télévision représentent un nombre de personnes important, surtout si on prend en compte leur renouvellement rapide. On peut toutefois constater que la Cour n'invite pas la juridiction de renvoi à vérifier concrètement le nombre de client se succédant effectivement dans l'établissement concerné. Elle ne sous-entend donc pas que la notion de public dépendrait du chiffre réel précis de fréquentation. Le simple fait que « généralement » ce nombre est « assez » important (pour un établissement de ce type) et que « habituellement », les clients s'y succèdent rapidement, suffit⁴⁸⁴ pour qualifier les clients de public. Comment ce critère a-t-il été appliqué en pratique ?

En principe, il appartient bien aux juridictions nationales de porter toutes appréciations de faits définitives. Dans l'arrêt *PPL c/ Irlande* et dans l'arrêt *SCF c/ Marco del Corso* toutefois, il y a lieu de constater que, s'agissant de l'affaire au principal, la Cour dispose de tous les éléments nécessaires pour apprécier s'il existe un tel acte de communication au public. C'est pourquoi, il convient de relever que concernant l'importance du nombre de destinataires potentiels, la Cour fait référence à l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*⁴⁸⁵, dans lequel elle a déjà jugé que les clients d'un établissement hôtelier constituent un nombre assez important de personnes, de sorte que celles-ci doivent être considérées comme un public. Par conséquent, la présence d'un nombre important de personnes est confirmé dans l'arrêt *PPL c/ Irlande*⁴⁸⁶. Dans l'arrêt *SCF c/ Marco del Corso*, en revanche, la Cour a jugé que s'agissant des clients d'un dentiste, cette pluralité de personnes est peu importante, voire insignifiante, étant donné que le cercle de personnes présentes simultanément dans son cabinet est, en général, très limité. En outre, si les clients se succèdent, il n'en demeure pas moins que, présents à tour de rôle, ces clients, en règle générale, ne sont pas destinataires des mêmes phonogrammes, notamment ceux radiodiffusés⁴⁸⁷. La présence d'un nombre de personnes important est cependant à nouveau confirmée dans le cas de la retransmission des œuvres sur *internet*, et cela même si les personnes visées en l'espèce ne concernent que les personnes résidant au Royaume-Uni disposant d'une connexion *internet* et prétendant détenir une licence de télévision dans cet Etat⁴⁸⁸.

En tenant compte des deux critères dégagés permettant de définir un public, on peut conclure en considérant que d'une manière générale, la *CJUE* reconnaît que les clients d'un établissement hôtelier constituent un public. De même, les internautes constituent évidemment un public, et cela même s'il ne s'agit pas des internautes de la planète entière. De même, les clients d'un bar constituent un public, tout comme les téléspectateurs. En revanche, les clients d'un dentiste ne constituent pas un public.

⁴⁸³ Arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, n° 43.

⁴⁸⁴ B. MICHAUX, *La Cour de justice interprète la notion de communication au public : l'arrêt SGAE c. Rafaël Hoteles, Auteurs & Media, 2007/3, De Boeck & Larcier, s.a., Editions Larcier, Bruxelles, 2007, p. 307.*

⁴⁸⁵ Arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles*, n° 38.

⁴⁸⁶ Arrêt *PPL c/ Irlande*, n° 33 et n° 42.

⁴⁸⁷ Arrêt *Marco del Corso*, n° 96.

⁴⁸⁸ n° 35 et 32 de l'affaire C-607/11.

bb- Analyse de ce critère

Considérer qu'on est en présence d'un public que lorsque ce dernier est constitué d'un nombre *important* de personne, cela revient à tenir compte d'un *minima* de personnes. Pourtant, la *CJUE* admet que le nombre de personne peut être *potentiel*, et qu'il peut donc y avoir *communication*, alors que personne n'a *effectivement* allumé son téléviseur⁴⁸⁹. Mais alors pourquoi exiger un public « important » ? La prise en compte par la *CJUE* d'un critère quantitatif afin de définir le public est discutable.

Dans ses conclusions générales relatives aux affaires *PPL* et *SCF c/ Marco del Corso*, Madame Trstenjak précise que le public n'a pas besoin d'avoir une dimension sociale, économique, ou juridique autonome⁴⁹⁰ pour qu'une communication ait un caractère public au sens de l'art. 8 § 2⁴⁹¹ de la directive 2006/115⁴⁹². Indirectement, les conclusions de l'avocate générale vont à l'encontre de la prise en considération d'un nombre « important » de personnes pour définir le public. La Cour n'a donc pas suivi les conclusions de madame l'avocat général, alors même que ses remarques sont justifiées. En effet, une telle dimension sociale du public manque par exemple dans les lieux où l'existence d'un public ne fait pourtant aucun doute. Tel est le cas des gares ou des stations de métro peu fréquentées en dehors des horaires de pointe. Peu importe alors la taille ou l'homogénéité du groupe de personnes qui peuvent constituer un public. De plus, en 2001 déjà, M. *Caron* soulignait que la notion de public appliquée aux réseaux abolit « le lieu, le temps mais aussi le *nombre* de ceux qui le composent»⁴⁹³. Auparavant en effet, le public était constitué de quelques personnes privilégiées (spectateurs d'un opéra ou, plus récemment, clients d'un hôtel) et excluait, par définition, tous ceux qui n'avaient pas accès à l'œuvre. Or, dans la société de l'information, le public est constitué de *tous* les internautes. Par conséquent, on ne peut pas plus parler de « personnes privilégiées ». Ainsi, si la définition du public est valable pour toute exploitation confondue des œuvres quelquesoit la technique utilisée, alors la prise en compte du nombre de personnes pour interpréter la notion de public prévue à l'art. 3 de la directive 2001/29 n'est pas pertinente. A ce propos, aucun critère quantitatif n'est prévu dans le texte de la directive *InfoSoc*. La loi française ne prévoit pas non plus de critère quantitatif permettant de définir le public. Par contre, l'art. 15, alinéa 3 de la loi allemande sur le droit d'auteur prévoit qu'une communication est publique, dès lors qu'elle est destinée à une pluralité de membres. Un nombre restreint de personnes peut déjà former une « pluralité de personnes », ce qui n'empêche pas une personne seule d'être membre de ce public, constitué d'une pluralité de membres.

⁴⁸⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, avril/juin 2012, p. 322-334 (324).

⁴⁹⁰ Conclusions de Mme. Trstenjak, liées à l'affaire *Marco Del Corso*, n° 141.

⁴⁹¹ Il ne s'agit donc pas de l'article 3 de la directive 2001/29/CEE concernant le droit d'auteur et les droits voisins, mais de l'article 8§ 2 concernant de la directive dite « droit de location et de prêt ».

⁴⁹² Directive 2006/115 CEE, relative au *droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle* (Version codifiée de la directive 92/100/CEE du 19 nov. 1992).

⁴⁹³ Ch. CARON, *La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limités du législateur européen*, *Chronique* : CCE, mai 2001, p. 21.

Afin de déterminer si concrètement, le nombre de personnes est important, la *CJUE* recourt à deux méthodes de détermination de ce nombre de personnes. D'une part, la *CJUE* tient compte du public « parallèle » et, d'autre part, la *CJUE* comptabilise des personnes ayant successivement accès aux œuvres, ce qui constitue le public « successif ». On parle d'un public parallèle dès lors que des personnes ont parallèlement accès à une œuvre ou un objet protégé, en même temps. C'est le cas des clients présents dans les différentes chambres d'un hôtel et regardant la même chaîne de télévision, au même moment. On parle d'un public successif, dès lors que les personnes ont accès de manière successive à une même œuvre ou à un même objet protégé.

La prise en compte successive de personnes dans l'affaire *PPL* est critiquable, que ce soit d'un point de vue pratique ou juridique.

D'un point de vue pratique d'abord, l'affirmation selon laquelle les clients se succèdent rapidement dans les chambres d'un hôtel peut tout simplement ne pas correspondre à la réalité⁴⁹⁴. Cette constatation empirique peut être très différente suivant les hôtels. Si l'hôtel se trouve en centre ville près d'une gare, alors la probabilité est grande que les clients s'y succèdent rapidement. En revanche, si l'hôtel se trouve près du littoral, alors il se peut fort bien que celui-ci soit occupé pendant plusieurs semaines par les mêmes familles qui y séjournent pendant leurs vacances. Supposer que les clients se succèdent de manière rapide dans les chambres d'un hôtel peut tout simplement relever d'un pur fantasme. D'un point de vue juridique ensuite, il n'est pas tout à fait exact de considérer que la succession de clients dans une chambre d'hôtel constitue un public successif en vue de qualifier un acte de « communication au public ». En effet, si les clients se succèdent dans les chambres d'hôtel, il n'en demeure pas moins que, présents à tour de rôle, ces clients, en règle générale, ne sont pas destinataires des mêmes phonogrammes radiodiffusés/ programmes télédiffusés, ou œuvres. La prise en compte du nombre successif de personnes pouvant se succéder dans une chambre n'a de sens que si on considère que l'hôtelier procède à une prestation de service, vis-à-vis des clients. Ce n'est que dans ce cas, qu'il semble judicieux de prendre en compte de manière *globale* les différents clients qui, en fait, se succèdent dans les chambres. Il s'agit alors d'une prestation de service proposée à l'ensemble des clients par l'hôtelier qui poursuit des objectifs économiques.

De plus, la mise en œuvre de ce critère quantitatif pose problème dans l'arrêt *Marco del Corso*. En effet, selon la Cour de justice, le critère relatif à un « nombre de personnes assez important » vise à indiquer que la notion de public comporte un certain seuil de *minima*, ce qui exclut de cette notion une pluralité de personnes concernées trop petites, voir insignifiante⁴⁹⁵. La *CJUE* en déduit que « s'agissant des clients d'un dentiste, cette pluralité de personnes est peu importante, voir insignifiante, étant donné que le cercle de personnes présentes simultanément dans un cabinet est, en général, très limité »⁴⁹⁶. Dans l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, le « nombre important de personnes » n'est évoqué que de manière indirecte, à partir du moment où l'accent est mis en premier lieu sur « la circonstance que habituellement, les clients d'un établissement se succèdent rapidement », et qu'il « s'agit généralement d'un nombre de personnes assez important »⁴⁹⁷. L'arrêt *PPL* fait également référence au nombre « important de personnes » pour qualifier le public accueilli dans le cadre d'un établissement hôtelier.

⁴⁹⁴ Arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, n° 38.

⁴⁹⁵ Arrêt *Marco del Corso*, n° 86.

⁴⁹⁶ Arrêt *Marco del Corso*, n° 96.

⁴⁹⁷ Arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, n° 38.

De plus, la doctrine⁴⁹⁸ souligne la fragilité de raisonnement de la Cour qui s'expose à une interprétation *a contrario*. Dans le cas où un établissement accueille un nombre très limité de clients, la qualification de communication au public d'un acte d'utilisation serait écartée. On aurait pu croire que la prise en compte d'un critère quantitatif pour définir le public traduit la volonté du législateur de procéder à une distinction entre les petits hôtels familiaux et les grands hôtels destinés au tourisme de masse, conduisant ainsi à exonérer les petites structures de coûts supplémentaires dûs au versement d'une rémunération équitable à l'ayant droit. Or, il n'en est rien. L'hôtel dont il est question dans l'affaire irlandaise est une petite structure, qui n'est pas exonérée.

Il faut souligner que la Cour n'invite pas la juridiction de renvoi à vérifier concrètement le nombre de clients se succédant effectivement dans l'établissement concerné. Elle ne sous-entend donc pas que la notion de public dépende du chiffre réel et précis de fréquentation. Le simple fait que « généralement » ce nombre est assez important et que « habituellement » les clients se succèdent rapidement suffit⁴⁹⁹. L'appréciation de la Cour se fonde donc sur une approche globale.

Et pourtant, l'application pratique de ce critère semble très liée au cas de l'espèce. Pourquoi considérer qu'une salle d'attente d'un cabinet dentaire n'est pas fréquentée d'un nombre « important de personnes » et qu'au contraire, un hôtel est fréquenté d'un nombre important de personnes⁵⁰⁰? Le nombre des patients d'un grand cabinet dentaire peut très bien être plus important que l'ensemble des clients d'un petit hôtel. Ainsi, l'objection selon laquelle tous les patients d'un dentiste ne sont pas rassemblés en même temps dans un cabinet peut être rejetée en indiquant qu'il suffit d'un effet d'accumulation auquel il est possible de parvenir par addition de séjours successifs⁵⁰¹ dans la salle d'attente.

Pour conclure, on peut souligner que la prise en compte d'un critère *quantitatif* en vue de qualifier un public est discutable. Ce critère n'est ni prévu par la directive, ni par la loi allemande ou française. L'introduction d'un critère quantitatif dans le but de définir un public conduit à proposer une définition « restrictive » du public.

En conclusion, on retient que la Cour de justice a une conception unitaire et synthétique de la notion de public. Elle semble même avoir développé un certain « standard jurisprudentiel ». Le public est constitué d'un nombre déterminé de destinataires ou de spectateurs potentiels tout comme d'un nombre important de personnes. Ce critère de *minima* est particulièrement discutable. D'un point de vue allemand ou français, ce critère rend la qualification juridique d'un public plus exigeante et retreint⁵⁰² par la même, le champ

⁴⁹⁸ A. LUCAS, *Droits patrimoniaux, droit de représentation (ou de communication au public)- Distribution de programmes de télévision dans les chambres d'un hôtel*, in A. LUCAS, et J-M. BRUGUIERE, *Chroniques*, Droit d'auteur et droits voisins : PI, janvier 2007, N°22, p. 88.

⁴⁹⁹ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts* : GRUR 2012, 1198-1206, (1201).

⁵⁰⁰ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts* : GRUR 2012, 1198-1206, (1201).

⁵⁰¹ bien qu'on puisse se poser la question si on est vraiment en présence d'un caractère successif, à partir du moment, où les patients n'ont pas accès aux mêmes phonogrammes.

⁵⁰² Voir au contraire, G. WESTKAMP, *Öffentliche versus private Wiedergabe im europäischen Urheberrecht*, EuZW 2012, 698-702 (702). Pour M. Westkamp professeur de Common law, la CJUE propose au contraire une large définition de la « communication au public ».

d'application du droit exclusif de « communication au public »⁵⁰³. En France tout comme en Allemagne, en effet, le critère quantitatif n'a d'influence que sur le montant des redevances destinées aux ayant-droits⁵⁰⁴ et non sur la qualification juridique même d'un droit.

Le dernier critère permettant de qualifier une communication au public est la prise en compte du caractère lucratif de la communication.

2- Le caractère lucratif

Même une analyse détaillée des arrêts de la Cour de justice ne permet pas de déterminer les cas dans lesquelles, le caractère lucratif est déterminant en vue de qualifier un acte de communication au public. Il semble bien plus que ce critère soit utilisé par la *CJUE* en vue de réajuster le résultat juridique obtenu par l'application des critères de communication et de public⁵⁰⁵. Avant d'analyser la pertinence du recours à un tel critère (b), il faut tout d'abord exposer les différents contextes ayant amenés la Cour à se servir d'un tel critère (a).

a- Présentation de ce critère

C'est particulièrement⁵⁰⁶ dans le cadre des deux affaires du 15 mars 2012, apportant une réponse en interprétation de l'art. 8, paragraphe 2 de la directive 2006/115/CE que le caractère lucratif est véritablement considéré comme un critère afin de qualifier un acte de « communication au public ». Ainsi, la Cour précise que si le caractère lucratif d'une « communication au public » au sens de l'art. 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, n'est pas *dénué de pertinence*, « il doit en aller de plus forte raison en présence du droit à une rémunération équitable, essentiellement économique, dont disposent les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, en vertu de l'art. 8, paragraphe 2 de la directive 2006/115 »⁵⁰⁷.

En effet, dans sa réponse aux questions préjudicielles en interprétation de l'art. 3 de la directive 2001/29, la *CJUE* ne semble pas considérer que le caractère lucratif constitue un véritable critère mais plutôt un indice permettant éventuellement de qualifier un acte de « communication au public ». Deux arrêts antérieurs aux arrêts du 15 mars 2012 peuvent être évoqués à titre d'exemple. Dans l'arrêt *Football Association Premier League*⁵⁰⁸ datant de 2011, la Cour précise bien que le caractère lucratif n'est certes pas *dénué de pertinence* mais

⁵⁰³ J. v. UNGERN-STERNBERG, Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts : GRUR 2012, 1198-1206, Rn. 120.

⁵⁰⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Chronique*, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, avril/juin 2012, p. 322-334 (330).

⁵⁰⁵ D. ETTIG/L. KAASE, *Hotelzimmer, Zahnarztpraxen und Reha-Einrichtungen – der Begriff der öffentlichen Wiedergabe*, K&R, 7/8/2016, p. 474 et s. (477).

⁵⁰⁶ Arrêt *Airfield NV, Canal Digitaal BV contre Sabam* (affaire C-431/09) et arrêt *Airfield NV contre Agicoa Belgium BVBA* (C-432/09), n° 80, « un prix est dû, non pas pour d'éventuelles prestations techniques, mais pour l'accès à la communication par satellite, et partant, aux œuvres ou aux objets protégés ».

⁵⁰⁷ Arrêt *PPL*, n° 36 ; Arrêt *Marco del Corso*, n° 88 et 89.

⁵⁰⁸ Arrêt *Football Association Premier League*, n° 204.

pas non plus obligatoire. Dans l'arrêt *SGAE/ Rafaël Hoteles*⁵⁰⁹ de 2006, la Cour souligne explicitement que la poursuite d'un but lucratif n'est pas une condition nécessaire à l'existence d'une communication au public. En effet, la Cour constate simplement que la mise en place d'appareils télévisés dans les chambres d'un hôtel constitue une prestation de service supplémentaire accomplie dans le but d'en retirer un certain bénéfice. La prestation de l'hôtelier a donc une influence sur le standing de l'hôtel qui se répercute sur le prix des chambres. Dans cet arrêt, le caractère lucratif est donc essentiellement lié à l'initiative prise par l'hôtelier permettant l'accès potentiel à des émissions de télévision et seulement indirectement au prix à payer par les destinataires de la communication que sont les clients constituant le public.

Le recours au critère lucratif dans le but de qualifier un acte de « communication au public » au sens de l'art. 3 al. 1 de la directive 2001/29 n'est cependant pas une condition indispensable, puisque dans le cadre d'une application *online* de la communication au public, la Cour précise bien dans l'arrêt *ITV-Broadcasting*⁵¹⁰ que le caractère lucratif n'est pas déterminant pour la qualification d'une retransmission telle que celle en cause au principal. En 2015 pourtant, le caractère lucratif d'un acte d'utilisation d'une œuvre a néanmoins été pris en compte en vue de qualifier cet acte à l'aune de l'art. 3 al. 1 de la directive *InfoSoc*. Ainsi, la *CJUE* a-t-elle jugé dans l'arrêt *SBS/SABAM*⁵¹¹, que la distribution de l'œuvre radiodiffusée par un professionnel à ses abonnés représente une prestation de service accomplie dans le but d'en retirer un bénéfice. Les signaux radiodiffusés n'étant cependant pas accessibles au public, la *CJUE* n'en a pourtant pas conclu que l'acte en question pouvait être qualifié juridiquement de communication au public.

Dans l'affaire *Reha-Training*⁵¹² en 2016 la *CJUE* rappelle que le caractère lucratif de la diffusion d'une oeuvre protégée au public n'est « pas [...] dénué de pertinence [...] notamment, aux fins de la détermination de l'éventuelle rémunération due au titre de cette diffusion »⁵¹³. L'arrêt précise pour la première fois explicitement que les notions de « communication au public » figurant à l'art. 3 al. 1 de la directive *InfoSoc* et à l'art. 8 al.2 de la directive 2006/115 reçoivent la même signification, et doivent donc être appréciés selon les mêmes critères afin d'éviter les interprétations contradictoires et incompatibles entre elles⁵¹⁴. Par conséquent, le critère lucratif n'est pas dénué de pertinence dès lors qu'il s'agit de définir une communication au sens du droit d'auteur, selon l'art. 3 al. 1 de la directive *InfoSoc*. Il s'en suit, que la Cour relève bien dans l'arrêt *Reha-training*, comme l'avait relevé l'avocat général dans ses conclusions⁵¹⁵ que la diffusion d'émissions télévisées au moyen de postes de télévision, en ce qu'elle vise à offrir une distraction aux patients d'un centre de rééducation constitue une prestation de services supplémentaire qui contribue favorablement au standing et à l'attractivité de l'établissement, lui procurant un avantage concurrentiel. Par conséquent, la diffusion d'émissions de télévision par l'exploitant d'un centre de rééducation est susceptible de revêtir un caractère lucratif de nature à être pris en compte aux fins de déterminer le montant de la rémunération due⁵¹⁶. La question reste donc ouverte de savoir si le caractère

⁵⁰⁹ Arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, n° 44.

⁵¹⁰ Arrêt *ITV-Broadcasting*, n° 42 à 44.

⁵¹¹ Arrêt *SBS/SABAM*, n° 30.

⁵¹² Arrêt *Reha-Training*, n° 49 à 51.

⁵¹³ Arrêt *Reha-Training*, n° 49.

⁵¹⁴ Arrêt *Reha-Training*, n° 33 et n° 34.

⁵¹⁵ Conclusions de l'avocat général Y. BOT, présentées le 23 février 2016 dans l'affaire *Reha-Training*, n° 71.

⁵¹⁶ Arrêt *Reha-Training*, n° 63 à 64.

lucratif d'un acte constitue, à l'échelle européenne un critère de définition du droit de communication au public ou simplement un indice à prendre en compte dans le but de déterminer le montant de la rémunération due aux ayants-droits.

Bien que le législateur national ait tenu pour indifférent le caractère lucratif en vue de qualifier un acte d'exploitation de communication au public en Allemagne ou de représentation en France, on ne peut nier le fait que le caractère lucratif d'un acte d'utilisation d'une œuvre constitue souvent un indice permettant de considérer cet acte comme soumis au monopole de l'ayant droit, sans pour autant en faire un critère décisif.

Par exemple, le fait que l'émission de radiodiffusion soit transmise par câble à des récepteurs individuels, dans l'arrêt CNN « ne saurait-être assimilé à la distribution par câble de l'œuvre radiodiffusée [...], pour autant que la transmission n'ait pas un but lucratif »⁵¹⁷. A *contrario*, l'exploitation de l'œuvre est soumise au monopole dès lors que cette exploitation poursuit un but lucratif. *De facto*, la poursuite d'un gain joue donc un rôle important à prendre en compte en vue de qualifier l'utilisation d'une œuvre comme relevant d'un droit de représentation.

b- Analyse de ce critère

Si en droit d'auteur, la Cour a pu relever en 2006 que le caractère lucratif n'est *pas* une condition *indispensable*⁵¹⁸ pour déterminer l'existence même d'une communication, la Cour a aussi admis en 2011 qu'un tel caractère n'est pas dénué de pertinence⁵¹⁹, pour considérer explicitement en 2013, que le caractère lucratif n'est pas déterminant pour la qualification d'une communication au sens de l'art. 3, § 1 de la directive 2001/29 CE dite *InfoSoc*⁵²⁰. En 2016, finalement, la *CJUE* souligne à nouveau que le caractère lucratif n'est pas dénué de pertinence, notamment, aux fins de la détermination de la rémunération due aux ayants droits⁵²¹. La jurisprudence de la *CJUE* laisse dubitative quand au fait de savoir si le critère lucratif est oui ou non une condition qui permet de définir une communication au public au sens du droit d'auteur. Ce manque de cohérence de la jurisprudence de la *CJUE* entraîne une incertitude juridique quant à la définition à donner à la notion de communication au public et ne facilite pas la réception de la jurisprudence européenne par les juridictions nationales.

A considérer que la notion de communication au public soit malgré tout une notion recevant une acceptation différente suivant le contexte dans lequel elle est employée, contrairement à ce que précise la *CJUE* en 2016 dans l'arrêt *Reha-Training*⁵²², la distinction entre la notion de communication au public employée au sens de l'art. 8 al.2 de la directive

⁵¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 1994, *Sté New Network Inc. et autre c/ Sté Hotelière Novotel Paris les Halles et autres*, D. 1994, 450 note P.-Y. GAUTIER.

⁵¹⁸ Arrêt SGAE, n° 44.

⁵¹⁹ Arrêt *Football Association Premier League e.a.*, n° 204.

⁵²⁰ C. CASTETS-RENARD, *L'interprétation autonome et systématique du droit d'auteur européen par la CJUE : et maintenant ?* : RLDI, Mai 2013, N°93, p.10-15 (12).

⁵²¹ Arrêt *Reha-Training*, n° 49.

⁵²² Arrêt *Reha-Training*, n°33 et n°34.

2006/115/CE et au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* semble pertinente notamment au regard précisément de la prise en compte d'un caractère lucratif.

En effet, présentant une nature essentiellement économique⁵²³, il n'est pas étonnant que le caractère lucratif soit pris en compte dans le but de qualifier un acte de communication au public au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE compris dans le sens d'un droit à rémunération. Comme le suggèrent aussi les arrêts du 15 mars 2012⁵²⁴, le caractère lucratif semble constituer un élément *indispensable* à la qualification d'un acte de communication au public au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE. Quelle est la portée des arrêts *PPL* et *Marco Del Corso* ? L'argumentation développée par la Cour doit-elle est transposée au droit d'auteur⁵²⁵? De toute évidence, une approche différenciée ne correspond pas à la volonté affirmée par la *CJUE* de définir une notion autonome et uniforme (et donc identique pour toutes les directives) de la *communication au public*. De plus, la différence de nature d'un droit à rémunération et d'un droit exclusif ne justifie pas la recherche de critères nouveaux permettant de circonscrire l'étendue de ce droit⁵²⁶.

Au-delà du fait de savoir, si la présence ou non d'un critère lucratif permet de distinguer deux notions différentes de *communication au public*, c'est le fait même de considérer que le caractère lucratif est à prendre en compte qui d'un point de vue dogmatique est étonnant. Il y a plusieurs raisons à cela.

Selon les propos de M. Pollaud-Dulian⁵²⁷, il paraît « totalement divinatoire », de deviner un tel critère [lucratif] au niveau de l'art. 11 bis de la Convention de Berne, tout comme au niveau des directives 2001/29/CE et 2006/115/CE ou 92/100/CE. Non seulement la communication au public, tel qu'elle est prévue au niveau des directives européennes ne poursuit pas de but lucratif mais en plus, de manière plus générale, aucun droit patrimonial prévu dans quelque directive que ce soit ne poursuit de but lucratif⁵²⁸. Rien ne justifie donc qu'une condition supplémentaire soit prise en compte, au niveau de la directive, afin de définir les droits patrimoniaux⁵²⁹.

En outre, le recours au critère lucratif dans le but de définir la *communication au public* au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 92/100/CEE est particulièrement contestable pour deux raisons. Premièrement le libellé de l'art. 8 al.2 ne mentionne pas explicitement ce but lucratif. Deuxièmement, la notion de communication dans cette directive ne concerne pas seulement

⁵²³ Voir aussi L. IDOT, *Droits d'auteur et utilisation de phonogrammes dans des lieux publics*, Europe, n°5, Mai 2012, comm. 27.

⁵²⁴ Voir l'arrêt *PPL*, n° 36 et s. et arrêt *Marco del Corso*, n° 88 et s.

⁵²⁵ Ch. CARON, *Le dentiste et l'hôtelier confrontés à la rémunération équitable* : CCE n°5, Mai 2012, comm. 48.

⁵²⁶ Voir à ce sujet, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* : ZGE/IPJ 5 (2013), 84-102, 2013 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Construction et déconstruction du droit de communication au public* : Auteurs&Média, 2012/5, p. 403- 412 (410).

⁵²⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Construction et déconstruction du droit de communication au public*, Auteurs&Média, 2012/5, 403-412 (410). Même remarque chez: Ch. HANDIG, *Reform und Neuordnung der „öffentlichen Wiedergabe“, Die Folgen der Interpretation des urheberrechtlichen Begriffs durch den EuGH* : ZUM 2013, 273-278 (277); J. VON UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts Zugleich Besprechung zu EuGH*, Urt. v. 15.3.2012- C-162/10-Phonographic Performance (Ireland), und Urt. v. 15.3.2012- C-135/10 SCF.

⁵²⁸ Par exemple, le droit de reproduction ne poursuit pas un but lucratif.

⁵²⁹ Ch. HANDIG, *Reform und Neuordnung der „öffentlichen Wiedergabe“, Die Folgen der Interpretation des urheberrechtlichen Begriffs durch den EuGH* : ZUM 2013, 273-278 (278).

les droits voisins mais également le droit de prêt. Or, par définition, le prêt au sens de cette directive⁵³⁰, en droit français⁵³¹ ou allemand⁵³², ne poursuit pas de but lucratif.

Par ailleurs, considérer le caractère lucratif comme un élément constitutif d'une communication au public au sens du droit d'auteur est contestable puisque certaines exceptions aux droits exclusifs rejettent explicitement la poursuite d'un but commercial que l'on peut considérer dans ce contexte comme synonyme d'un but lucratif. Tel est par exemple le cas de l'exception de pédagogie et de recherche⁵³³, tout comme de l'exception en faveur des handicapés⁵³⁴ et de l'annonce d'expositions publiques⁵³⁵.

Même dans ses conclusions générales⁵³⁶ à propos de l'affaire *Marco del Corso*, Mme l'avocat général Trstenjak précise que la prise en compte d'un but lucratif s'opposerait à l'économie des directives 2006/115 et 2001/29 CE. En effet, la directive 2001/29 CE dite *InfoSoc* a pour but de proposer un niveau élevé⁵³⁷ de protection en faveur des titulaires de droit, ce qui exclue une énumération trop grande de critères restreignant le champ d'application de la *communication au public*. Dans le même sens, M. Pollaud-Dulian considère que le fait de « subordonner le jeu du droit exclusif de représentation à la démonstration du caractère lucratif est une véritable négation de ce droit, qui témoigne d'une approche restrictive de la prérogative »⁵³⁸. Ainsi, la prise en compte d'un critère lucratif dans le but de définir une communication au public ne repose pas sur les textes internationaux ou européens et n'est donc pas justifiée d'un point de vue dogmatique. En distinguant un critère lucratif, la Cour ajoute bien plus une condition prétorienne au texte de loi.

Alors que pour la doctrine majoritaire⁵³⁹, le critère lucratif tel qu'il est mentionné par les arrêts *PPL et Marco del Corso* est une condition à part entière permettant de définir la

⁵³⁰ S. v. LEWINSKI, *Vermiet- und Verleihrecht, Vermiet- und Verleih-Richtlinie*, in : S. v. Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz (Hrsg), *Europäisches Urheberrecht*, Kapitel I, art. 2.

⁵³¹ « Le prêt est une convention générique en vertu de laquelle le prêteur remet une chose à l'emprunteur, afin que celui-ci s'en serve, à charge de restitution. Le prêt n'est pas une location », G. CORNU.

⁵³² En droit allemand, le prêt (*Leihe*) n'a pas de caractère lucratif. Contrairement à la location (*Vermietung*), le prêt a un caractère gratuit selon le paragraphe 589 BGB.

⁵³³ Art. 5 abs. 3 lit.a ,b et j de la directive *InfoSoc*, lit.a « lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration, dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi »

⁵³⁴ Art. 5 abs. 3 lit.b « lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap »

⁵³⁵ Art. 5 abs. 3 lit.j « lorsqu'il s'agit d'une utilisation visant à annoncer des expositions publiques ou des ventes d'oeuvres artistiques, dans la mesure nécessaire pour promouvoir l'événement en question, à l'exclusion de toute autre utilisation commerciale ».

⁵³⁶ Conclusions de V. Trstenjak à propos de l'arrêt *Marco Del Corso*, n° 131 etc.

⁵³⁷ Voir à ce propos le considérant 9, de la directive 2001/29/CE.

⁵³⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété littéraire et artistique, Droit de communication au public* : RTD Com, avril/juin 2012, p. 322-334 (324).

⁵³⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *ibid.* (330 et s.), V.- L. BENABOU, *Droits patrimoniaux, notion de communication au public- droit à rémunération équitable, Propriétés intellectuelles*, octobre 2012, n°45 p.429 à 434 (429); Ch. CARON, *Le dentiste et l'hôtelier confrontés à la rémunération équitable* : CCE, n°5, mai 2012, comm. 48 ; M. TREZEGUET, *Diffusion de musique dans un cabinet médical* : RLDI, avril 2012, n°81, p.22 à 24 (24) ; Ch. HANDIG, *Reform und Neuordnung der « öffentlichen Wiedergabe », Die Folgen der Interpretation des urheberrechtlichen Begriffs durch den EuGH* : ZUM 2013, 273-278 (274).

« communication au public », M. von Ungern-Sternberg considère que le critère lucratif permet simplement d'apprécier l'existence d'un acte d'utilisation relevant du droit d'auteur réalisé par l'utilisateur⁵⁴⁰. Mme Benabou⁵⁴¹ adopte une position intermédiaire, puisqu'elle estime que le caractère lucratif se décompose en deux sous-critères⁵⁴² : la recherche d'un bénéficiaire⁵⁴³ pour la personne à l'origine de la communication et l'existence d'un public réceptif et ciblé par l'utilisateur. En effet, la Cour exige que l'intervention de l'utilisateur constitue une prestation de service supplémentaire accomplie dans le but d'en retirer un certain bénéfice⁵⁴⁴. C'est sur ce point surtout que la Cour opère un *distingo* entre le sort de l'hôtelier et le dentiste.

Alors qu'elle reconnaît le caractère attractif de la musique pour les hôtels, la Cour le réfute pour les dentistes. La diffusion de phonogrammes dans un hôtel constitue-elle de nos jours encore, une prestation de service apportant une plus-value à la qualité du séjour ? Aujourd'hui, le moindre hôtel fournit des téléviseurs si bien que la présence de ces derniers n'a plus d'influence sur le standing de l'hôtel. Au contraire, dans un monde du tout-connecté où l'information est dispensée en continu certains clients apprécieront même le calme et donc l'absence de téléviseur. Inversement, peut-on dire que la diffusion de phonogrammes dans une salle d'attente d'un dentiste n'est *pas* une prestation de service et n'offre aucun bénéfice psychologique ou potentiellement lucratif ? Après tout, personne n'oblige un dentiste à diffuser de la musique dans ses locaux. Cette radiodiffusion peut donc s'analyser comme une prestation supplémentaire offerte aux clients qui comme telle contribue à leur bien-être. Dans le même sens et contrairement à ce qu'a retenu la CJUE, Mme l'avocat général Trstenjak avait précisé dans ses conclusions la dimension pratique et apaisante d'une telle radiodiffusion, pour les patients⁵⁴⁵. Enfin, la volonté de poursuivre un but lucratif n'est pas exclue⁵⁴⁶ du fait que le prix de la consultation ne tienne pas compte de la possibilité d'écouter les émissions radiodiffusées.

La Cour affirme cependant, de manière péremptoire, qu'il ne saurait être contesté « qu'un dentiste qui diffuse des phonogrammes en présence de ses patients, en tant que musique d'ambiance, ne peut raisonnablement ni s'attendre à un accroissement, en raison de cette seule diffusion de la clientèle de son cabinet ni augmenter le prix des soins qu'il prodigue. Partant, une telle diffusion n'est pas susceptible, en soi, d'avoir une répercussion sur les revenus de ce dentiste »⁵⁴⁷. Sur ce point, l'argumentation de la Cour ne convient pas. On peut en effet très bien considérer, que le dentiste comme l'hôtelier poursuivent un but lucratif. Dans les deux décisions, la Cour estime que le caractère lucratif réside de manière implicite dans le fait que le public auquel la communication est destinée est ciblé et réceptif, c'est-à-dire non « capté » par hasard⁵⁴⁸.

⁵⁴⁰ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts Zugleich Besprechung zu EuGH*, Urte. v. 15.3.2012- C-162/10- Phonographic Performance (Ireland), und Urte. v. 15.3.2012- C-135/10 SCF : GRUR 2012, 576-582 (577).

⁵⁴¹ V.-L. BENABOU, *Droits patrimoniaux, notion de communication au public-droit à rémunération équitable* : PI, octobre 2012, n°45, p.429 à 434 (431).

⁵⁴² *Contra* J. VON UNGERN-STERNBERG, *Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts Zugleich Besprechung zu EuGH*, Urte. v. 15.3.2012- C-162/10- Phonographic Performance (Ireland), und Urte. v. 15.3.2012- C-135/10 SCF : GRUR 2012, 576-582 (577).

⁵⁴³ Arrêt *Marco del Corso*, n° 90.

⁵⁴⁴ Voir Arrêt *PPL*, n° 45.

⁵⁴⁵ Conclusion de V. TRSTENJAK du 29.6.2011 concernant l'affaire *Marco del Corso* ; Voir également G. WESTKAMP : *EuZW* 2012, p. 700 et s.

⁵⁴⁶ Voir entre autre, les conclusions de V. Trstenjak dans l'affaire *Marco Del Corso*, n° 138.

⁵⁴⁷ Arrêt *Marco del Corso*, n° 97.

⁵⁴⁸ Arrêt *Marco del Corso*, n° 91; Arrêt *PPL*, n° 37.

Or, selon la Cour, il ne saurait être présumé que la patientèle normale d'un dentiste soit *réceptive* à l'égard des diffusions en question. En effet, c'est fortuitement et indépendamment de leurs souhaits, qu'ils bénéficient d'un accès à certains phonogrammes, en fonction du moment de leur arrivée au cabinet, de la durée de leur attente ainsi que de la nature du traitement qui leur est prodiguée. Dans ces conditions, c'est bien la notion de « soins » qui semble-t-il, emporte cette présomption de « non réceptivité » à la musique du public.

L'arrêt *Marco del Corso* relève ainsi que le dentiste agit dans le cadre d'une profession libérale⁵⁴⁹ et diffuse « gratuitement » des phonogrammes au bénéfice de ses patients qui en jouissent indépendamment de leur volonté⁵⁵⁰. Au contraire, les clients d'un établissement hôtelier sont *ciblés* et de *réceptifs*⁵⁵¹. Cette qualification est critiquable puisqu'on ne va pas dans un hôtel ou dans un restaurant en priorité pour écouter de la musique mais bien pour y manger ou pour y être hébergé.

La condition d'un public *ciblé* et *réceptif* ne va pas jusqu'à exiger de la part de ce dernier une intention *délibérée* d'entendre de la musique mais il suffit que ce public soit effectivement visé par l'émetteur⁵⁵². Il suffirait donc que le public ait un intérêt même involontaire à cette réception. Toujours est-il que la *CJUE* a bien jugé qu'en l'absence d'une patientèle réceptive à la diffusion de phonogrammes dans un cabinet dentaire, le cabinet dentaire est exonéré du paiement d'une rémunération aux ayants droits. Est-il cependant logique de considérer que le public doit être *réceptif*, alors qu'on admet bien l'existence d'un public *potentiel* ? Pourquoi dispenser un utilisateur de tout paiement, parce qu'il ne poursuit pas un but lucratif, alors que le droit allemand d'auteur connaît une obligation de « rémunération » sur les appareils de lecture et les enceintes acoustiques⁵⁵³. On peut oser la remarque selon laquelle, il ne viendrait sans doute pas à l'esprit du dentiste de refuser de payer le prix des magazines qu'il met à disposition de ses patients dans la salle d'attente au motif qu'il exerce une profession libérale⁵⁵⁴ !

Après avoir constaté une application très critiquable de la dimension lucrative d'un acte d'utilisation d'une œuvre par la *CJUE*, quelles sont finalement les conséquences théoriques d'un tel critère pour la réception de la jurisprudence européenne sur le plan national ?

Il ne s'agit pas ici de critiquer la jurisprudence de la *CJUE* parce qu'elle ne correspond pas à la tradition juridique française ou allemande, mais plutôt de faire des parallèles avec la jurisprudence sur le plan national. En France, on peut noter qu'il a toujours été soutenu en doctrine comme en jurisprudence que le caractère lucratif ou le caractère gratuit n'ont aucune incidence sur le droit de représentation publique⁵⁵⁵. Dans le même sens, le caractère lucratif

⁵⁴⁹ Arrêt *Marco Del Corso*, n° 102.

⁵⁵⁰ Arrêt *Marco Del Corso*, n° 100.

⁵⁵¹ Arrêt *PPL*, n° 43.

⁵⁵² Voir en ce sens aussi : V.- L. BENABOU, *Droits patrimoniaux, Notion de communication au public - Droit à rémunération équitable* : PI, octobre 2012, n°45, p. 429-434 (432).

⁵⁵³ K. RIESENHUBER, *Die „Öffentlichkeit“ der Kabelweiterleitung. Eine „Untergrenze von 75 Wohneinheiten“ gibt es nicht* : ZUM 2012, 433- 444 (443) ; voir aussi, § 54 UrhG *Vergütungspflicht*.

⁵⁵⁴ V.-L. BENABOU, *Droits patrimoniaux, notion de communication au public - droit à rémunération équitable, Propriétés intellectuelles*, octobre 2012, n°45, p. 429- 434 (432).

⁵⁵⁵ Sauf lorsque la loi fait de la gratuité une des conditions d'une exception. Voir par exemple aussi A. Ch. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 1839, T.II, p.65 ; E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de*

n'est pas un élément constitutif de la définition du droit de communication au public en Allemagne.

Quelle est alors la portée *pratique* de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ? Quand peut-on considérer, que la diffusion de musique d'ambiance permet d'espérer des revenus supplémentaires ? Quand peut-on considérer que le caractère lucratif de l'activité lié au caractère réceptif du destinataire est rempli ? A retenir le critère proposé par la CJUE, cela reviendrait à considérer que la diffusion de musique d'ambiance dans un espace commercial ne s'analyse pas comme une communication au public, puisque le public n'y est pas forcément réceptif. Une telle retransmission relève néanmoins assurément du droit de communication au public ou du droit de représentation en droit national.

Pour M. Mantrov, il ne fait pas de doute que la diffusion d'émissions radio dans les bâtiments de l'administration ou du gouvernement ne va plus être qualifiée de *communication au public* ni donner lieu à une rémunération aux auteurs⁵⁵⁶ ou aux ayants droits. Selon lui, les choses sont moins claires pour les nombreuses professions libérales (par exemple, les psychologues) et les différents opérateurs dans le domaine des assurances ou au niveau du conseil des entreprises. Certains auteurs considèrent que la taille du cercle de clients et donc la taille de l'entreprise va jouer un rôle important en vue de reconnaître le caractère lucratif de l'activité⁵⁵⁷. Il est cependant probable que l'ensemble d'une filière professionnelle, comme par exemple tous les médecins, soient exclus et donc libres de tout paiement d'une rémunération.

Reste à analyser la réception par les juridictions nationales d'une telle compréhension de la communication au public. En retenant le caractère lucratif d'un acte d'utilisation d'une œuvre, on peut reprocher à la CJUE de ne pas assez tenir compte des intérêts de l'auteur. C'est ce qui explique en partie l'absence de référence à un tel critère dans les projets de texte visant à harmoniser le droit d'auteur sur le plan européen⁵⁵⁸. Si une certaine importance était néanmoins accordée ce critère en vue de définir un droit exclusif d'exploitation de communication au public, et non simplement de réguler le montant de la rémunération due⁵⁵⁹, alors une intervention du législateur serait bienvenue.

B- Evolution de la jurisprudence traditionnelle allemande et française : notion de public

représentation, Marchel&Billard, Paris 1879 ; H. DESBOIS, *La propriété littéraire et artistique*, n°391, Colin, Paris, 1953.

⁵⁵⁶ V. MANTROV, *Court of Justice, European Union*, case N°. C-162/10, IIC 2012, 960-971 (967 et s.).

⁵⁵⁷ *Contra* : l'arrêt PPL évoque bien des « pensions de famille », voir n° 16.

⁵⁵⁸ Projet Wittem: Art. 4.5 – *Right of communication to the public* :

(1) The right of communication to the public is the right to communicate the work to the public, including but not limited to public performance⁴⁶, broadcasting⁴⁷, and making available to the public of the work in such a way that members of the public may access it from a place and at a time individually chosen by them.

2) A communication of a work shall be deemed to be to the public if it is intended for a plurality of persons, unless such persons are connected by personal relationship.

⁵⁵⁹ Voir à ce propos, les conclusions de V. Trstenjak du 29.06.2011 concernant l'arrêt *Marco Del Corso*.

Après avoir pris en considération les différents critères permettant de décrire la destination de la communication, tel que l'entend la *CJUE*, il est à présent nécessaire de faire le parallèle tout particulièrement avec la notion de public telle qu'elle est envisagée sur le plan national en France et en Allemagne.

1- Notion de public en France

Qu'il s'agisse de l'art. 8 du traité de l'*OMPI* du 20 décembre 1996, de l'art. 3 de la directive du 22 mai 2001 ou de l'art. L.122-2 du *CPI* en France, la notion de public n'est pas définie par les textes internationaux européens et français, contrairement à la loi sur le droit d'auteur en Allemagne⁵⁶⁰. Pourtant, la représentation ne donne prise au monopole que si elle communique l'œuvre au *public*. Quelle signification est alors à donner à la notion de public si elle n'est pas explicitement définie par le code ?

Il semble que le public soit une notion à géométrie variable. Plusieurs concepts cohabitent. On peut tenter de définir le public de manière positive (2) ou de manière négative par opposition au cercle de famille (1).

a- Définition négative du public par opposition au cercle de famille ?

Négativement, le public doit s'entendre au sens large et s'oppose au cercle de famille visé par l'art. L.122-5 1° *CPI*. Que l'art. L.122-5-1° *CPI* soit une véritable exception du droit exclusif d'exploitation ou pas, l'importance que revêt le « cercle de famille » pour définir le public dans ce contexte est étonnante.

Remarques préliminaires :

D'un point de vue allemand, une définition négative du public, par opposition⁵⁶¹ ou par antinomie au milieu restreint que constitue le « cercle de famille » visé par l'exception L.122-5 *CPI*, est pour plusieurs raisons surprenante.

Deux constellations peuvent être envisagées. Soit la notion de « public » est un élément de définition du droit exclusif d'exploitation, soit elle en est absente de la définition du droit exclusif d'exploitation.

Considérons d'abord que le public est un élément de définition du droit exclusif d'exploitation. Tenant compte de cette constellation, et si l'art. L.122-5 *CPI* est une véritable exception à ce droit d'exploitation, alors il faut en conclure que la notion de public comprend le « cercle de famille ». Etant un élément du public, la notion de « cercle de famille » ne peut alors être définie *a contrario* de la notion de public. A tout le moins, la notion de « cercle de famille » permet de déterminer la catégorie du public rendant éventuellement nécessaire une

⁵⁶⁰ L'article 15 (3) définit dans une première phrase ce qu'on entend par une « communication publique » et dans une deuxième phrase, la signification à donner au mot « public ». C'est la notion de « *Öffentlichkeit* » qui est définie par la loi allemande. « *Öffentlichkeit* » se traduit bien par « public ». Mais le « public », peut aussi être traduit en allemand par le terme de « *Allgemeinheit* ».

⁵⁶¹ M. VIVANT/ J.-M. Bruguière, n° 506 ; TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n° 300.

rémunération en raison de l'exploitation des droits. Dans ce cas, soutenir que le « public » est défini négativement par opposition au « cercle de famille » n'est pas faux mais imprécis.

Supposons, au contraire, que la notion de public est absente de la définition du droit exclusif d'exploitation. Dans ce cas, le « cercle de famille » n'est pas inclus dans la notion de public. Une telle approche suscite cependant d'autres interrogations, car elle semble à première vue en contradiction avec une lecture littérale de l'art. L.122-3 *CPI*, qui prévoit bien une « communication au *public* ». C'est pourquoi la question de M. Vivant est fondée lorsqu'il s'interroge si on peut « véritablement considérer et concevoir les droits patrimoniaux sans publicité de l'œuvre ». A cette question délicate, l'art. L.111-1 *CPI* semble apporter une réponse affirmative. L'art. L.111-1 du *CPI* dispose en effet, que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, *du seul fait de sa création*, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Il n'est donc nullement fait référence à une condition de publicité pour que naisse l'œuvre et les droits patrimoniaux qui y sont attachés. Ainsi, l'art. L.122-3 ne prévoirait qu'une simple potentialité de « communication au public ».

Le *CPI* présente cependant une certaine ambiguïté, une certaine contradiction. Pourquoi, dans ce cas avoir défini de manière explicite la représentation par rapport à une « *communication au public* » ? En commentant l'exception de l'art. L-122-5 *CPI* qui vise les représentations privées (...) effectuées dans un cercle de famille ou d'autres « copies strictement réservées à l'usage privé du copiste », M. Gautier évoque bien un « usage légitime à titre privé », par opposition à un « droit de communication au public⁵⁶² ». Considérer que la notion de « public » ne joue pas de rôle au niveau de la définition des droits patrimoniaux est donc osée. Pour M. Vivant aussi, le droit d'auteur français postule bien pour un usage public de l'œuvre. Comment sinon distinguer l'usage intellectuel d'une œuvre (privé) de l'usage économique (public) si on conçoit les droits patrimoniaux sans publicité (donc sans prise en compte du public) de l'œuvre ?

A défaut d'usage public, on peut donc dire que le droit d'auteur n'a pas lieu d'être. Ainsi, comme le souligne M. Gaudrat, « les actes qui n'impliquent pas la communication au public de l'œuvre n'affectent pas le droit d'exploitation ». D'où un certain nombre de prétendues « exceptions » au droit d'exploitation qui ne font que prendre en compte des hypothèses dans lesquelles le droit n'est pas mis en jeu. La représentation dans « le cercle de famille » n'affecte pas le droit patrimonial parce que le « cercle de famille » n'est pas un public d'exploitation⁵⁶³. D'ailleurs, cette interprétation est confirmée par une jurisprudence constante en matière de représentation⁵⁶⁴. Fort de cette conclusion, il faudrait considérer que l'art. L.122-5 1° *CPI* qui vise « représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille » ne devrait pas être tenu pour une exception. Si la représentation est définie — comme nous venons de le voir — comme « la communication de l'œuvre au public » (art. L.122-2 al. 1^{er} *CPI*), alors la représentation privée ou effectuée dans un cercle de famille ne met pas en jeu le droit d'auteur.

Plutôt qu'au niveau de l'exception, il aurait été moins ambigu d'intégrer la notion de cercle de famille au niveau de la définition des droits. Telle est l'approche des législateurs allemands. « Il aurait suffi de jouer sur la notion de public pour délimiter la prérogative, sans qu'il fût besoin de recourir à la technique de l'exception »⁵⁶⁵.

⁵⁶² P.-Y. GAUTIER, n°334.

⁵⁶³ Ph. GAUDRAT, *Droits des auteurs (...) Droit de représentation*, J.-Cl, PLA, Fasc. 1242, 2003, spéc.n°6.

⁵⁶⁴ Civ. 1^{re}, 10 févr. 1987, Bull. civ.I, n°49.- 14 juin 2000, JCP. E 2001, p.1381, obs. GREGOIRE.

⁵⁶⁵ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 387.

Au vue de ces remarques, et puisque l'art. L.122-5 ne constitue pas une véritable exception, le public peut être défini par opposition au cercle de famille. Il s'agit donc tout d'abord de rechercher les contours de la notion de cercle de famille, afin de cerner la notion de public.

L'art. L.122-5 1° *CPI* qui vise le *cercle de famille*, pose la seule exception propre au droit de représentation (qui n'est pas transposable au droit de reproduction) : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : 1° / les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ». Pour que la représentation soit libre, il faut donc réunir trois conditions : le caractère privé, la gratuité et le cercle de famille. Par conséquent, le cercle de famille n'est pas synonyme d'un cercle privé de personnes. M. Pollaud-Dulian⁵⁶⁶ précise d'ailleurs que le cercle de famille *circonscrit* encore un peu plus le caractère privé. Par la rédaction de l'art. L.122-5, 1° *CPI*, la loi de 1957 a voulu réagir contre une tendance très laxiste de la jurisprudence antérieure⁵⁶⁷ qui se contentait du caractère privé de la représentation pour exempter d'autorisation des groupements. C'est dans cet esprit que la loi a subordonné la dérogation à un cercle de famille. Mais qu'est-ce qu'un cercle de famille ? Quels en sont les contours ? La jurisprudence limite le cercle de famille à « l'intimité du cercle familial ou d'amis constitués par la réunion de parents, d'alliés ou de personnes ayant des relations habituelles⁵⁶⁸ ».

Pour M. Gautier, le « cercle de famille » évoque la « convivialité⁵⁶⁹ » et non la « famille » au sens du droit civil français. Cette notion de convivialité ou d'intimité se trouve renforcée par la gratuité. Ainsi, la projection de films à l'occasion des goûters d'enfants, la diffusion de musique au cours des soirées, de mariage, de fêtes privées, d'anniversaires etc... relèvent de l'exception. En plus du caractère familial et amical, les deux critères que sont la gratuité et le nombre raisonnable de personnes sont cumulatifs. Préciser que le « cercle de personne » est raisonnable ne revient *pas* à *quantifier* le nombre de personnes. Le caractère lucratif (*opposé au caractère gratuit*) est quant à lui un critère permettant d'exclure la constitution d'un cercle de famille, lorsque l'organisation de la manifestation (*ex/ Du type Rallye ou fête du jour de l'an*) est importante et nécessite une « participation aux frais »⁵⁷⁰ de la part des invités. Si l'un des deux critères manquent, c'est la contrefaçon⁵⁷¹.

Cette sévérité ne se retrouve pas en Allemagne. Ainsi, il y est admis que les liens personnels « visés » par l'art. 15.3 de la loi de 1965 ne sont pas limités aux relations familiales

⁵⁶⁶ Fr. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, CorpusDroitPrivé, 2005.

⁵⁶⁷ H. DESBOIS, n°271, et les réf.cit.

⁵⁶⁸ CA, Grenoble, 28 févr. 1968 : RIDA 1968, n°57, p.166, note DESBOIS ; RTD com. 1968, p. 349, obs. DESBOIS.- CA Paris, 1^{re} ch., 13 mai 1970 : Gaz Pal. 1970, 2, p.46.- T. corr. Paris, 31^e ch., 24 janv. 1984 : Gaz. Pal. 1984, 1, p.240, 1^{re} esp., note Marchi.- V.aussi Rép. min. N°22858 : JOAN Q 6 mars 1995, p.1267 (« parents ou amis proches unis de façon habituelle par des liens familiaux et d'intimité »).

⁵⁶⁹ P.-Y. GAUTIER, p. 336-337.

⁵⁷⁰ Dans ce cas, c'est à juste titre que le droit exclusif doit s'appliquer. Comme au niveau de la jurisprudence de la *CJUE*, le caractère lucratif semble recouvrir une certaine importance au niveau de la définition des droits patrimoniaux, alors qu'en droit français, le caractère lucratif joue un rôle au niveau du contour des exceptions.

⁵⁷¹ V. par ex. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, « Syndicat des copropriétaires de Parly II », 2esp., D., 2005 ; AJ, 955, note Ph. ALLAEYS, JCP, 2005 II 10 053, note C. Caron : PI, 2005. 160, note A. LUCAS : Légipresse, 2005 III, 103, note E. Arfi, RTD com., 2005. 302, obs F. POLLAUD-DULIAN (milliers de foyers dans une résidence) : représentation illicite, « peu important l'absence d'intention lucrative » de la part du syndicat.

ou amicales⁵⁷² et que la communication n'est pas publique lorsqu'elle est destinée par exemple à une classe d'élèves⁵⁷³ (en France, une classe d'élève, c'est public !) ou à deux personnes alitées dans la même chambre d'hôpital⁵⁷⁴. La différence de définition entre un *cercle de famille* en France et un *cercle de personnes entretenant des liens personnels* en Allemagne est accentuée par une appréciation *in concreto* de ce cercle, qui nécessite une analyse individuelle de chaque cas d'espèce.

Une appréciation *in concreto* est d'autant plus nécessaire que la distinction entre un cercle de famille, un public et un groupe privé n'est pas toujours évidente. Qu'en est-il par exemple des manifestations humanitaires ? Les fêtes de charité constituent-elles des fêtes organisées dans le cadre d'un cercle de famille lorsqu'elles ont lieu par exemple dans une paroisse ou une école ? Pour M. Gautier, lorsque les invitations sont adressées à des personnes connues et déjà fréquentés, il s'agit d'un cercle de famille. En bref, il doit exister un minimum *d'intuitus personae*⁵⁷⁵. Peu importe alors que d'autres biens soient vendus à cette occasion, ce qu'on peut rapprocher de l'activité accessoirement commerciale des associations sans but lucratif. Par ailleurs, on peut noter que les établissements d'enseignement, de l'école primaire à l'Université, ne constituent pas un cercle de famille, même dans les « petites classes ». Le caractère « convivial » fait-il défaut ?! Toujours est-il que l'usage du logiciel, du film, une récitation publique du poème, etc... sont, en théorie, tributaires du droit d'auteur. Ceci est très critiquable puisque cela restreint de manière inappropriée la marge de manœuvre et les méthodes pédagogiques d'un enseignant, notamment en ce qui concerne l'enseignement de l'histoire de l'art dans les établissements scolaire français ou les cours de dessins au collège !

Qu'en est-il des autres « cercles » et « associations d'anciens » ? Est-on en présence d'un public ou d'un cercle de famille ? Il est clair, qu'il faut un nombre de personnes « raisonnable »⁵⁷⁶. En général d'ailleurs, les juges se montrent circonspects⁵⁷⁷. La diffusion de musique lors d'un bal doit spécialement être autorisée par les sociétés d'auteurs. Les conservatoires de musique, ne sauraient constituer des cercles privés ; une répétition de comédiens ou de musiciens non plus, qu'elle se produise ou non devant un public⁵⁷⁸. De même pour un concert humanitaire : par définition ouvert à tous (absence du critère du *numerus clausus*) et payant, de surcroît, il faudra passer par l'autorisation de l'auteur ou de son ayant

⁵⁷² J. von UNGERN-STERNBERG in : Schricker/ Loewenheim, 4. A, § 15, n°73.

⁵⁷³ J. von UNGERN-STERNBERG, *ibid.*, n°84.

⁵⁷⁴ BGH, 11 juill. 1996, *Zweibettzimmer im Krankenhaus* : GRUR 1996, 875; cité par A. DIETZ, *Chronique d'Allemagne*: RIDA 2/1998, p.167-289, à la p. 191.

⁵⁷⁵ Rappr. Grenoble, 28 févr. 1968 : RIDA, juill. 1968. 166, note H. DESBOIS : « la pluralité de l'œuvre commence dès que se rompt l'intimité du cercle de famille ou d'amis. » S'il y a clientèle, celle-ci est exclusive du cercle de famille.

⁵⁷⁶ Voir la cour d'appel, utilisant ce mode de raisonnement, Douala, 3 mars 1967 : RIDA, juill. 1968. 164, note H. DESBOIS. Des listes *internet* comme celle de « Facebook » répondent-elles au cercle de famille ? Oui, si le nombre « d'amis » reste raisonnable et qu'ils se connaissent bien.

⁵⁷⁷ Voir la Cour de cassation refusant la qualification à une association de loisirs, où tout le monde pouvait entrer librement, et qui diffusait de la musique dans des « trains de plaisir » (!), Civ. 1^{re}, 14 juin 1972, D. 1972, 659, RTDcom, 1973. 262, obs. Desbois ; voir sur le cas des invitations nominatives et soigneusement distribuées, pour un concert, lancées par une association : Crim., 1^{er} avr. 1882, motifs, DP, 82.1.325 ; Req., 23 janv. 1907, *ibid.*, 1910. 1. 430 ; 6 déc. 1909, *ibid.*, 496 ; 4 avr. 1922, *ibid.*, 1925.1.166, qui souligne que les invitations doivent être « strictement personnelles ». L'exception ne saurait être admise par ex. ni pour les hôtels (rappr. Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, D., 1994. 450 ; CJCE, 7 déc. 2006, D., 2007. 91, note J. DALEAU et 1236, note B. EDELMAN) ni pour les entreprises (Douala, 3 mars 1967, préc.).

⁵⁷⁸ Mais on a tout de même l'application de l'exception pédagogique.

droit (quitte à négocier de larges réductions en pratique). Peut-on néanmoins considérer qu'on est forcément en présence d'un public, en l'absence d'un cercle de famille ? N'existe-t-il pas un cercle privé d'intermédiaires, situé entre le public et le cercle de famille ? Qu'est-ce qui distingue le cercle de famille d'un cercle privé ?

Un cercle de famille se distingue d'un cercle privé en ce qu'il est constitué de personnes entretenant des relations personnelles, habituelles et conviviales. Par conséquent, ni une association, ni les employés d'une société⁵⁷⁹, ni les patients et le personnel d'un hôpital ou les détenus d'une prison ne constituent un *cercle de famille* mais bien un cercle privé. Ainsi, la réunion organisée par une association sportive à la suite d'un tournoi de hockey, à laquelle sont conviés des joueurs étrangers à l'association ainsi que leurs familles⁵⁸⁰, une salle de jeux ouverte aux pensionnaires d'une maison de repos pour enfants⁵⁸¹, ou encore l'exécution d'œuvres musicales au profit des adhérents de « l'Amicale des trains de plaisir⁵⁸² », ou la projection de films en présence d'un public d'une vingtaine de personnes n'ayant pas rencontré auparavant l'organisateur de la réunion⁵⁸³ ne constitue un cercle de famille, mais bien un cercle privé. On ne peut pas non plus invoquer la notion de *cercle de famille* pour faire échapper au droit exclusif l'installation d'une antenne collective par un syndicat de copropriétaires⁵⁸⁴.

Dans le même esprit, le cercle de famille ne se retrouve pas non plus dans les « pages privées » d'un site *internet*, puisque ces pages sont ouvertes à tous les internautes. Une correspondance peut être privée au sens du droit des télécommunications (et au regard du respect de la vie privée) mais constituer une communication au public au sens de la propriété littéraire et artistique⁵⁸⁵. Ainsi, dès lors que l'accès au site est ouvert, la représentation proposée n'est pas privée mais publique et ne se limite *a fortiori* pas à une famille⁵⁸⁶. Comme le souligne M. Gautier, puisque *l'internet* est par définition accessible à la planète entière, la convivialité en est en principe exclue⁵⁸⁷ !

Il en va de même dans le cas du chargement de l'œuvre sur un réseau fermé de type *Intranet*, c'est-à-dire propre à une entreprise, à un groupe d'entreprise, de bibliothèques, d'universités ou de laboratoires de recherches, par exemple. Certes, le réseau *Intranet* n'est pas libre d'accès et donc pas accessible à l'ensemble des internautes, mais si ce réseau *Intranet* peut être considéré comme privé, il ne constitue certainement pas un cercle de

⁵⁷⁹ CA, Douala, 3 mars 1967 : RIDA 1968, n°57, p.164 ; RTD com. 1968, p.346, obs. DESBOIS.

⁵⁸⁰ TI, Reims, 26 oct. 1960 : Gaz Pal 1961, 1, p. 36 ; RTD.com. 1961, p. 89, obs. DESBOIS.

⁵⁸¹ CA, Grenoble, 26 févr. 1968, préc.

⁵⁸² Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1972 : D. 1972, p. 659 ; RTDcom, 1973, p. 262, obs. DESBOIS.

⁵⁸³ T. Corr. Paris, 31^e ch., 24 janv. 1984 : Gaz Pal. 1984, 1, p. 240, 1^{re} esp., note MARCHI.

⁵⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 1^{re} mars 2005, préc. Note 495. Le pourvoi évoquait la réception par les copropriétaires « dans le cercle de leurs foyers respectifs ».

⁵⁸⁵ De ce point de vue, la précision du 16^{ème} considérant de la proposition modifiée de directive sur la société de l'information (devenu le 27^{ème} considérant) selon laquelle le droit de transmission numérique sur demande « ne couvre pas les communications privées » encourait la critique, et on doit se féliciter qu'elle ait disparu dans le texte issu de la position commune.

⁵⁸⁶ En ce sens : A. FRANÇON, RTDcom., 1997, p. 93 ; A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, précité, n°406-413.

⁵⁸⁷ TGI Paris, 14 août 1996, « Sardou » et « Brel », D., 1996. 490, P.-Y. GAUTIER, qui rejette l'idée de « domicile virtuel » de l'exploitant. Sont ainsi exclues, sauf exception, toutes les plateformes de partage, tels *Dailymotion*, *You Tube*, *Twitter*, *Facebook*.

famille⁵⁸⁸. A fortiori, lorsque les Internautes utilisent les logiciels de référencement des œuvres, leur permettant d'échanger *en peer to peer* toutes sortes de sons et d'images, à l'échelle mondiale (sorte de bourse d'échange et de prêts virtuels, facilités par des plateformes spécialisées), alors on n'est pas en présence d'un cercle de famille⁵⁸⁹. Dans les forums de discussion, les blogs et les sites pour vidéos d'amateur, le caractère privé se mesure au nombre d'internautes présents en ligne et aux liens personnels qu'ils entretiennent, aux conditions restrictives d'accès. On peut d'ailleurs souligner, que le standard du cercle de famille peut rendre d'autres services (par ex., l'emprunteur peut le prêter à son tour ; on peut aussi souligner le destinataire d'un e-mail⁵⁹⁰).

Quelle est l'influence du concept de *cercle de famille* sur la notion de public ? Le public est une notion très large, qui n'est pas constitué d'un « nombre raisonnable » de personnes, et qui n'est donc pas véritablement convivial. Pour autant, le cercle de personnes n'est pas quantifié. Il semble qu'un public doit être pris en compte, dès lors que la communication s'effectue en contrepartie d'une rémunération. Le caractère lucratif est alors un indice permettant de considérer qu'on est en présence d'un public. Par ailleurs, la présence d'un public ou non est à apprécier *in concreto* d'où une jurisprudence abondante.

Constitue donc un public, les personnes présentes au concert humanitaire et aux fêtes de charités lorsque les invitations sont adressées à des personnes inconnues, lorsqu'il n'y a pas *d'intuitus personae* et que l'accès est payant. Les élèves d'une école ou d'un conservatoire de musique tout comme les étudiants d'une université constituent eux-aussi un public. De même, un site *internet* est clairement public. Les choses sont moins claires au niveau de *l'intranet*. Là encore, il s'agit d'une analyse au cas par cas, suivant le nombre de personnes et le mode d'accès à cet *intranet*.

Si on considère que tout ce qui n'est pas privé est forcément public, alors le public s'étend au-delà d'un cercle de famille et d'un cercle privé. Cependant, considérer que ce qui ne constitue pas un public revêt un caractère privé peut faire l'objet de critiques. Implicitement, cela revient à affirmer que le caractère privé s'oppose au caractère public. Or cette affirmation est à nuancer puisqu'on peut opposer au caractère privé un caractère commercial. Par conséquent, la recherche des contours de la notion de public en prenant en compte le « cercle de famille », ne permet pas de saisir toutes les nuances que revêt cette notion : ni sa relation avec le « cercle privé », ni sa relation avec l'aspect commercial.

C'est pourquoi, il est nécessaire de rechercher de manière « positive » les éléments constitutifs de la notion de public.

b- Définition positive du public.

⁵⁸⁸ Par exemple : Paris 8 février 2012, « Christian Dior », motifs : fête organisée par la société, les juges estiment que le cercle est dépassé, mais ne discutent pas du principe de l'exception à son bénéfice.

⁵⁸⁹ Cercle de famille : On peut d'ailleurs noter que l'exception vaut pour les personnes physiques et morales, car en droit civil comme au niveau des droits fondamentaux, les deux types de personnes sont dotés normalement des mêmes droits⁵⁸⁹.

⁵⁹⁰ Sur les rapports entre l'e-mail et la notion de public, v. P.-Y. GAUTIER, in : *Clés pour le siècle*, Dalloz 2000, p. 369 et s.

Après avoir opté pour une approche conceptuelle de la notion de public afin de cerner cette notion aux multiples facettes, il s'agit de rechercher des exemples issus de la jurisprudence permettant d'illustrer ces développements.

aa- Approche conceptuelle

Cerner la notion de public de manière positive, au sens où l'entend et l'utilise la propriété littéraire et artistique n'est pas chose facile. Selon M. Edelman, la notion de « public » s'échappe au moment même où on croit la saisir⁵⁹¹. Le public comme tel, n'est pas défini ni même désigné en tant que tel par la code de la propriété intellectuelle, contrairement à la loi sur le droit d'auteur en Allemagne. Et lorsqu'il est désigné, alors c'est sous la forme vague de « communication au public » (art. L.122-2 *CPI*), ou de lieu public (art. L.122-2 *CPI*), ou alors de lieu accessible au public (art. L. 132-20 *CPI*). On peut aussi considérer qu'il se dissimule sous les notions de « domaine d'exploitation » ou de « destination » (art. L.131-3 *CPI*) ou de divulgation (art. L.121-2 *CPI*). La notion de public est donc une notion à géométrie variable. Plusieurs concepts cohabitent.

Selon l'approche usuelle de nature plus descriptive qu'explicative, le « public » est traditionnellement constitué par l'ensemble des personnes physiques, qui se retrouvent dans un même lieu et en même temps, pour entrer en contact ou accéder à la forme intelligible de l'œuvre d'un auteur. C'est l'exemple classique du public présent dans une salle de théâtre. C'est un public factuel, concret, réactif qui vit et fait vivre ! C'est le public dont on constate la présence physique - ou la regrettable absence - lors de l'exploitation. Par conséquent, une telle approche du « public » reste inopérante pour faire la distinction entre ce qui relève de l'exploitation et ce qui n'en relève pas. En effet, en France, ce public factuel peut être présent ou absent, sans que l'acte ne change de nature (salle de spectacle vide). En Allemagne, au contraire, une telle approche du public factuel permet précisément de faire la distinction entre ce qui relève de l'exploitation et ce qui n'en relève pas. La *présence* d'un public factuel permet de qualifier un acte de communication au public au sens de l'art. 19 de la loi sur le droit d'auteur allemand. L'*absence* de ce public factuel en revanche, empêche la qualification d'une « communication au public ».

Si on recherche une approche plus abstraite de la notion, il apparaît donc assez vite que le public reçoit des définitions successives qui s'élaborent les unes à partir des autres, en fonction du rôle attendu. Le secret s'opposant à la publicité, le public d'une exploitation paisible ne peut occuper que l'espace de publicité ouvert par l'acte juridique de divulgation. C'est pourquoi, on parlera tout d'abord d'un public divulgataire. Le public *divulgataire* dessine un espace licite de partage autour de l'œuvre, à l'intérieur duquel tous les amateurs qui en manifestent le désir peuvent jouir de l'œuvre en toute liberté. Le public *divulgataire* constitue donc l'intégralité de l'espace licite et non marchand de partage de l'œuvre⁵⁹². Au public *divulgataire* – constitué des destinataires licites de l'œuvre- se superpose donc un second public, plus restreint, qui appréhende autrement le même fait, à savoir la « destinée » sociale de l'œuvre. Ce second concept approche le public comme une ressource économique. C'est

⁵⁹¹ B. EDELMAN, *Recueil Dalloz*, 1994, II.

⁵⁹² Ph. GAUDRAT, *Règles générales. Droit de représentation* : J.-Cl. PLA, Fasc. 1242, 2003.

d'ailleurs cette ressource que l'auteur morcelle et concède à l'exploitant pour qu'il la convertisse en clientèle et en revenus à partager. La non-superposition du champ d'application des deux concepts délimite, par soustraction, l'espace effectif de liberté en quoi consistent les prétendues « exceptions au droit d'auteur ». (public divulgataire – clientèle)⁵⁹³.

Cependant, la notion de public d'exploitation entretient des liens à préciser avec celle de clientèle : la clientèle consiste, d'après la Cour de cassation, dans « la valeur que représentent les rapports probables ou possibles avec les personnes qui demanderont à l'exploitation du fonds des biens et des services ; en bref, elle représente la valeur constituée par le courant d'affaires qu'il est probable ou possible d'espérer »⁵⁹⁴. La clientèle n'a donc de signification qu'économique. La notion de public, en revanche est loin de se réduire à une simple dimension économique. Elle recèle, d'abord une dimension juridique qui permet de distinguer le licite de l'illicite et définit un espace de liberté à l'intérieur duquel s'élabore la culture par rencontre entre la création et l'appréciation des amateurs⁵⁹⁵.

Puisque le public est distinct de la clientèle, le public peut exister indépendamment de la clientèle. Il peut, en effet, exister potentiellement ou même actuellement sans être jamais exploité en tant que clientèle. Alors même qu'ils paient un droit d'entrée, on peut douter que les publics des musées nationaux constituent des clientèles. Ils sont plutôt les usagers de services publics culturels. C'est encore le cas ordinaire de l'œuvre publicitaire ou, plus généralement, du financement de la télédiffusion par la publicité (*internet*, réseau hertzien). Corrélativement, quand la télédiffusion des œuvres est intégralement financée par la publicité – ce qui est notamment le cas sur *internet* – le public qu'elles suscitent n'est pas mis à contribution pour y puiser la clientèle à l'origine du flux d'affaires qui rémunérera l'auteur et l'investisseur. Il n'est mis à contribution que pour y puiser la clientèle des annonceurs. On saisit sans difficulté, le caractère éminemment malsain de la construction. Le public ne paie pas pour ce qu'il obtient. On peut en plus ajouter, qu'il n'y a aucun rapport entre les sommes à répartir et la réalité de l'exploitation ! Au surplus, se voyant « imposer » la publicité, le public la contourne ou y devient de plus en plus imperméable !

En plus de cette distinction délicate entre un « public » et une « clientèle », on peut aussi souligner l'évolution de la notion de public en raison du développement dû aux nouvelles technologies. La perspective appréhendant le public de manière traditionnelle comme un ensemble de personnes qui se retrouve dans un même temps et au même lieu pour entrer en contact sensible avec l'œuvre ne pouvait répondre aux nouveaux modes de communication des œuvres de l'esprit⁵⁹⁶. Dans le cas d'une télédiffusion par le biais de la télé, le public se retrouve au même moment (pour les informations de 20 heures par ex.), mais pas au même endroit (chacun dans son salon !). Il y a donc unité de temps, mais plus unité de lieu. Dans le cas d'une télédiffusion par transmission numérique à la demande, par le biais d'*internet*, le public ne se retrouve pas au même moment, ni au même endroit (chacun devant son ordinateur, à l'heure qu'il souhaite). Il y a donc absence d'unité de temps et d'unité de lieu. Contrairement à l'approche adoptée dans la loi sur le droit d'auteur en Allemagne, cette rupture avec la conception d'un public présent au même lieu et au même moment, n'est pas explicitement prévu dans le texte de loi mais indirectement mis en œuvre par la jurisprudence.

⁵⁹³ Ph. GAUDRAT, *ibid.*

⁵⁹⁴ Cass. 7 mars 1956 : D.1956, p.523, note PERCEROU.

⁵⁹⁵ Ph. GAUDRAT, *ibid.*

⁵⁹⁶ M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, n° 506.

bb- Approche jurisprudentielle de la notion de public en France.

Si on voulait adapter le droit aux nouvelles réalités, il était donc important de rompre avec l'unité de lieu et de temps, et c'est ce qu'on fit pour le lieu avec la jurisprudence relative à la télédiffusion des œuvres dans les chambres d'hôtel et pour le temps, avec la question de leur transmission numérique à la demande.

Jurisprudence relative à la télédiffusion des œuvres dans les chambres d'hôtel

On peut souligner que les tribunaux français ont été amenés à se prononcer sur la notion de « communication au public » à l'occasion de litiges opposant, d'une part des entreprises de télévision et d'autre part des hôtels. Les entreprises de télévision demandaient aux hôtels le paiement d'une redevance supplémentaire pour représentation de leurs émissions dans les chambres d'hôtel. Il faut donc s'interroger sur le fait de savoir, si la réception de programmes dans une chambre d'hôtel doit être considérée comme un mode de représentation distinct de l'émission de ces programmes. La réception par les particuliers, dans leurs foyers, des émissions de télévision n'est pas assujettie à un droit d'auteur supplémentaire. Il y a deux raisons à cela. D'une part, l'art. L.122-5 1° du code de propriété intellectuelle prévoit une exception à la représentation dans le cadre d'un cercle de famille. D'autre part, il serait absurde⁵⁹⁷ de faire payer une première redevance en contrepartie de l'autorisation de *télédiffusion* et une autre pour l'autorisation de *recevoir* ladite télédiffusion. Il s'agit donc de savoir, s'il faut traiter différemment le cas de la réception dans les chambres d'hôtel d'une émission télévisée. La représentation licitée du point de vue de la « radiodiffusion » nécessite-t-elle la superposition d'un nouveau droit ? On peut souligner qu'après de longs errements jurisprudentiels, la Cour de Cassation a finalement arrêté sa position dans l'affaire *CNN c/ Novotel* et contribué par là à préciser les contours de la notion de public. On peut cependant remarquer, que la notion de public n'a jamais été définie, *per se*, en tant que tel, par la jurisprudence française. Il s'agit plutôt d'une appréciation globale de la « communication au public » dans son ensemble par les tribunaux français, alors qu'en Allemagne, il semble que le critère du public soit essentiel afin de qualifier un acte d'exploitation de « communication au public ».

Malgré tout, l'arrêt *CNN* qui est un arrêt fondamental apporte une clarification de la notion de public. Les faits de l'arrêt *CNN* peuvent être résumés de la façon suivante. Un hôtel équipé d'une antenne parabolique permettant de réceptionner des émissions produites par *CNN* et diffusées par satellite pouvait-il les redistribuer dans les deux cent quatre vingt cinq chambres de son établissement sans verser de redevances ? Il faut souligner que la *CCA* a répondu par la négative à cette question opérant ainsi, un véritable revirement de jurisprudence. Pour en prendre la mesure, il faut faire un bref retour en arrière avant d'évoquer de manière plus détaillée les arguments de l'arrêt *CNN*.

Il faut souligner que les textes alors applicables étaient respectivement les art.s 27⁵⁹⁸ et 45 de la loi du 11 mars 1957. La jurisprudence avait substantiellement dégagée deux principes directeurs. D'une part, les personnes occupant les chambres d'hôtel – lieu privé par excellence – étaient assimilées au « cercle de famille », de sorte que l'hôtelier qui mettait à leur disposition un poste de radio échappait à tout paiement de redevances. D'autre part, si l'hôtelier intervenait activement dans la programmation des émissions, il créait, en quelque

⁵⁹⁷ P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2007, p. 135.

⁵⁹⁸ L'article 27 du code disposait que « la représentation consiste dans la communication directe de l'œuvre au public, notamment par voie de transmission de l'œuvre radiodiffusée par le moyen d'un haut-parleur et éventuellement d'un écran de radiotélévision placé dans un lieu public ».

sorte, une émission nouvelle, et était considéré comme un organisme spécifique de transmission.

Dans les développements suivants, il s'agit d'explicitier de manière plus précise le premier principe directeur, concernant la notion de public.

A ce propos, le raisonnement tenu par les tribunaux était le suivant. Lorsque l'auteur ou ses représentants – la SACEM – par exemple, donne à une station émettrice l'autorisation de radiodiffuser des œuvres de son répertoire, cette autorisation couvre, bien évidemment, le droit de détenteurs de postes de recevoir gratuitement des émissions : la notion de « cercle de famille » joue alors pleinement. *Mutatis mutandis*, ce « cercle de famille » se trouvait transféré dans une chambre d'hôtel, et la même règle de gratuité devait s'appliquer. Il n'en était autrement que dans l'hypothèse où l'hôtelier transmettait l'œuvre publiquement. Dans ce cas, l'art. 27 *in fine* s'imposait. Telle était la position dans l'arrêt *Lutétia*⁵⁹⁹, et dans l'arrêt *Le Printemps*⁶⁰⁰.

Dans l'affaire *Lutétia*, du 22 mars 1961, le tribunal estimait que « la mise à la disposition de la clientèle d'un hôtel dans le lieu privé que constitue chacune des chambres de cet établissement, d'un poste récepteur de radiodiffusion, dont le client se sert pour écouter l'émission de son choix, ne saurait, même si le client acquitte de ce chef un supplément de prix sous une forme quelconque, constituer, au sens de l'art. 27, une représentation, par le loueur du poste, des œuvres dont celui-ci aura permis l'audition⁶⁰¹ ». Cet arrêt fut confirmé par la cour d'appel de Paris, le 20 juin 1962⁶⁰². De même, dans l'affaire *Le Printemps*⁶⁰³ confirmée par la cour d'appel⁶⁰⁴, tout comme dans une affaire rendue par le TGI de Paris du 14 février 1990 et par la CA de Paris du 10 janvier 1992, les juges ont écarté la qualification d'une *communication au public* au motif que la diffusion s'était effectuée dans une chambre d'hôtel « qui constitue à l'évidence un lieu strictement privé ». En d'autres termes, il était acquis que les occupants des chambres d'hôtel ne formaient pas un « public » au sens du droit d'auteur : ils étaient assimilés, par la grâce du lieu où ils se trouvaient, à un cercle de famille. Comme le formule bien Mme Dusollier, le « lieu rétroagissait sur la qualité de l'auditeur »⁶⁰⁵. Dans un lieu public, on est en présence d'une communication au public. Dans un lieu privé, il y a absence de communication au public.

Fort heureusement, cette jurisprudence fondée sur des critères erronés a été remise en cause. En effet, le raisonnement s'enfermait dans une sorte de contradiction : pour qu'il y ait une nouvelle diffusion, il faut qu'il y ait un nouveau public. Or, des particuliers qui reconstituaient dans une chambre d'hôtel le cercle de famille ne pouvaient, par hypothèse, s'analyser comme un public. Dès lors, le raisonnement était « ruiné » à la base.

Pour considérer que l'initiative de l'hôtelier ou du relayeur constitue une représentation, c'est-à-dire une « communication au public », il fallait impérativement admettre que les

⁵⁹⁹ CA, Paris, 20 juin 1962, *Lutétia*, Gaz.Pal. 1962.2.190 : RTD com. 1963. 101, obs. DESBOIS ; sur appel de TGI Seine, 22 mars 1961 : RTD com. 1961.845, obs. DESBOIS.

⁶⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 1971, *Le Printemps* : RIDA juill. 1972.212 ; D.1972.95, note R.L. ; RTD com 1972. 373, obs. Desbois ; cf. dans le même sens, une jurisprudence américaine : A. LOKRANZ-BERNITZ, *Les télé satellites et le droit d'auteur* : RIDA avr. 1971. p. 69.

⁶⁰¹ JCP1961, éd. G, II, 12212 ; RTD com. 1961, p.845, obs. DESBOIS.

⁶⁰² Gaz. Pal. 1962, 2, p.188 ; D.1963, somm. p.6 ; JCP 1962, éd. G, II, 12903 ; RTD com. 1963, p.100, obs. DESBOIS.

⁶⁰³ TGI, Paris, 7 juillet 1969 : RIDA 1969, p.225, note DESBOIS.

⁶⁰⁴ CA Paris, 1^{re} ch., 13 mai 1970 : Gaz. Pal. 1970, 2, p.46.

⁶⁰⁵ B. EDELMAN, *Recueil Dalloz*, 1994, II.

occupants de chambres d'hôtel constituent précisément un public⁶⁰⁶. C'est exactement la position que va adopter la jurisprudence CNN.

Dans l'affaire CNN⁶⁰⁷, la haute juridiction pouvait ainsi recentrer le débat sur le problème de fond : ces questions techniques, souvent complexes, de réémission et de télédiffusion renvoient toutes unanimement à la compréhension de la notion de représentation. Il y a une nouvelle représentation de l'œuvre dès lors qu'elle atteint un public « autre que celui auquel elle était destinée⁶⁰⁸ ». Par voie de conséquence, la question n'est plus de savoir si une chambre d'hôtel est ou non un lieu accessible au public, c'est-à-dire de déterminer sa nature privative ou non du lieu, mais de savoir si l'ensemble des occupants des chambres d'hôtel, ou de tout autre lieu, forme un public, un public nouveau, distinct de celui auquel l'œuvre était initialement destinée.

Ainsi, la jurisprudence CNN permet de dégager deux éléments. D'une part, la CCA a dissocié le concept de public du concept du lieu. D'autre part, la notion de public a été « réélaborée » au regard de la communication.

Tout d'abord, c'est avec une particulière netteté, que la première chambre affirme dans l'arrêt CNN, que « l'ensemble des clients de l'hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public à qui la direction de l'établissement transmet les programmes de télévision ». On peut même dire, qu'il s'agit ici d'un public d'exploitation, puisque c'est bien l'exploitant hôtelier qui dessert un nouveau public. Peu importe que les clients de l'hôtel soient dispersés dans de multiples lieux privés. Qui conteste d'ailleurs que les téléspectateurs ou les auditeurs des programmes émis sur les ondes et installés confortablement à leur domicile ou dans leur automobile, forment un public au même titre qu'une assistance assemblée au théâtre ? Il est donc clair, que l'ensemble des clients de l'hôtel, à qui la direction de l'établissement transmet les programmes de télévision constitue donc bien un public. Non réunis physiquement au même endroit, les clients de l'hôtel composent néanmoins un public. D'ailleurs, le libellé de l'art. L.122-2 du CPI, suite à la révision de la loi en 1985, introduisant l'expression « communication dans un lieu accessible au public » ne laisse aucun doute à cet égard. L'accent doit être mis sur le public et non sur le lieu⁶⁰⁹.

En fait, on peut même dire que le public n'est réuni et rassemblé que par le fait même que la *communication* lui est destinée. Plus clairement, c'est bien la *communication* qui est facteur de rassemblement de personnes physiquement isolées et qui en fait un public.

En droit français, on ne peut donc plus clairement distinguer deux critères que sont la « communication » et le « public ». Il y a une sorte de « dépendance réciproque ». La communication n'existe qu'en fonction du public⁶¹⁰ et le public n'existe qu'en raison de la

⁶⁰⁶ A. KEREVER, *Les prérogatives des auteurs sur la communication publique d'émissions radiodiffusées* : RIDA juill. 1972, p. 23.

⁶⁰⁷ Civ.1^{re}, 6 avril 1994, *Sté New Network Inc. Et autre c/ Sté Hotlière Novotel Paris les Halles et autres*, D. 1994. 450, note GAUTIER ; JCP 1994. II. 22273, note GALLOUX ; RTDcom. 1994. 272, obs. FRANÇON ; D. 1995. SC. 57, obs. COLOMBET, Adde EDELMAN (B.), *La télédistribution dans les chambres d'hôtel*, D. 1994, chron. p. 209 ; GAUTIER, *Eau chaude et télévision à tous les étages : le contrat d'hôtellerie, fait juridique profitable aux auteurs*, D. 1994. 450.

⁶⁰⁸ P.-Y. GAUTIER, n°130 ; en ce sens : DESBOIS note ss TGI Paris, 7 juill. 1969, préc. in : RIDA, p.229).

⁶⁰⁹ Comme avec l'expression „transmission dans un lieu public ». C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1991, p.209, n°205 ; B. EDELMAN, préc. ; A. KEREVER, note ss. TGI Paris, 14 févr. 1990, préc.).

⁶¹⁰ Voir les développements consacrés à la « communication ». Une telle approche consistant à poser qu'une autorisation distincte est nécessaire pour tout acte conduisant à toucher un public nouveau

communication. En effet, la présence d'un public n'est possible qu'en raison de la télédiffusion d'un même programme. En adoptant ce genre de raisonnement, la CCA admet implicitement l'idée d'un public « potentiel ». Il importe donc peu que les clients de l'hôtel aient effectivement allumé leur poste de télévision et que les émissions soient effectivement écoutées et suivies. Un autre procédé technique a bousculé la compréhension traditionnelle de la notion de public : la transmission numérique à la demande.

Jurisprudence relative à la transmission numérique à la demande

La télédiffusion comprend la transmission numérique⁶¹¹. La réponse ne s'imposait pas naturellement, et ceci notamment parce que le consommateur choisit le *moment* de la mise à disposition lui permettant de *jouir* de l'œuvre. Cependant, la représentation initialement envisagée à l'occasion de la communication d'œuvres à un public présent dans un même lieu et un même temps, a par la suite, été expressément définie par le traité de l'OMPI (art. 8) et la directive sur la société de l'information (art. 3.1) comme couvrant « la mise à la disposition du public [par les auteurs] de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ». Peu importe en conséquence, que le public ne soit pas réuni dans une même salle. Peu importe également que le consommateur choisisse le moment de la mise à disposition des œuvres puisqu'il convient de se placer du côté de l'exploitant. La loi du 1^{er} août 2006 n'a pas jugé nécessaire de reprendre les règles posées par ces deux textes sur l'idée que le droit français était déjà en ce sens.

2- Notion de public en Allemagne

Contrairement au texte législatif français, la loi relative au droit d'auteur allemand prévoit une définition « légale » du public. Selon le paragraphe 15 (3) de la loi sur le droit d'auteur allemand, « la communication est publique, lorsqu'elle est prévue pour une pluralité de membres du public. Est *membre* du public, toute personne qui n'a pas de relations personnelles avec la personne qui exploite cette œuvre ou les personnes qui rendent l'œuvre perceptible ou accessible⁶¹² ». En droit allemand, la notion de *public* est donc définie en tant que telle par la loi, contrairement au droit français.

Une autre différence avec le droit français réside dans le fait qu'en Allemagne, la notion de « public » prend des contours différents suivant le contexte dans lequel elle est employée et cela de manière explicite dans la loi. Cette approche différenciée de la notion de public en droit allemand tient compte de la structure analytique des droits d'exploitation alors que la structure des droits est synthétique en France. D'une part, la notion de public recouvre de manière traditionnelle, le public présent dans une salle de concert, par exemple. Le public est alors appréhendé comme un ensemble de personnes qui se retrouvent en même temps et au même lieu pour entrer en contact avec l'œuvre. D'autre part, le public peut également être

consacre un renversement de perspective. La communication de l'œuvre au public est envisagée non plus du point de vue de l'acte initial mais du point de vue du destinataire, ce qui « revient ...à transposer la doctrine du droit de destination dans le domaine de la représentation⁶¹⁰ ».

⁶¹¹ T. DESURMONT, *Qualification juridique de la transmission numérique* : RIDA 1996, n°170, p. 55.

⁶¹² § 15 abs.3 UrhG: „Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist“.

constitué de personnes ayant accès à l'œuvre en même temps mais pas au même lieu. C'est le cas des téléspectateurs qui regardent chacun chez soi une émission télévisée. L'ensemble des téléspectateurs forme bien un public. Enfin, nous l'avons vu à plusieurs reprises, le public peut également être constitué de personnes n'ayant ni accès en même temps, ni au même lieu à l'œuvre. C'est le cas d'un internaute qui consulte un site *web* comportant des œuvres de l'esprit protégées. Cette différenciation suivant le moment et le lieu de la réception (ou de l'accès) de/à l'œuvre par le public ne se retrouve pas dans la loi française puisqu'on a une approche globale et synthétique des droits. En France tout comme en Allemagne⁶¹³, la notion de « public » est cependant propre au droit d'auteur.

Quel est le champ d'application exacte de la notion de « public » prévue à l'art. 15 (3) de la loi allemande sur le droit d'auteur ? Est-on en présence d'un concept unitaire de la notion de « public » (mis à part la différenciation suivant le temps et le lieu de réception ou d'accès à l'œuvre) dans la loi sur le droit d'auteur allemand ? Il est évident que la notion de « public » vaut pour toute « communication au public » au sens de l'art. 15 (2) de la loi sur le droit d'auteur⁶¹⁴. Cette définition du « public » s'applique-t-elle au droit de « mise à disposition », qui au sens littéral du terme ne constitue pas à proprement parler une « communication »⁶¹⁵ ? C'est par l'affirmative qu'il faut répondre à cette question puisque le « droit de mise à disposition » est considéré comme étant un droit de communication au public. Explicitement prévue à l'art. 15 (3) UrhG, la définition du public est-elle valable par analogie dans un autre contexte ?

Certains auteurs⁶¹⁶ souhaiteraient que cette notion de public puisse s'appliquer dans un autre contexte. A cette fin cependant, une adaptation de cette notion de *lege ferenda* serait nécessaire. De *lege lata* pourtant et selon l'opinion majoritaire, la définition du « public » en sa rédaction actuelle permet également d'apprécier une exploitation corporelle⁶¹⁷, prévue à l'art. 15 (1) de la loi sur le droit d'auteur en Allemagne. C'est également le cas en France. Dans le cas d'une exploitation corporelle cependant, un acte ayant pour destinataire un « public » est nécessaire afin de considérer cet acte comme pouvant faire l'objet d'un droit de distribution ou d'un droit d'exposition⁶¹⁸. Par ailleurs, la question se pose de savoir, si la définition légale du public de l'art. 15 al.3 permet d'interpréter les notions de « public », d'œuvre rendue « publique », de « publication ». Il semble que la transposition par analogie de la notion de public prévue à l'art. 15 al.3 doit s'effectuer au cas par cas⁶¹⁹. Selon M. Schricker, cependant, la notion de public prévue à l'art. 6 UrhG est à interpréter dans le sens d'une protection de l'auteur et non pas dans le sens légal de la définition prévue à l'art. 15, l'alinéa 3, phrase 2. Pour M. Dreier, cependant, la nouvelle formulation de la notion de public comporte une

⁶¹³ von UNGERN-STERNBERG, in : Schricker, § 15 Rn. 57.

⁶¹⁴ Mise à part certaines restrictions en ce qui concerne l'article 20a UrhG lié à la télédiffusion par satellite. Voir à ce sujet, LUTZ : ZUM 1998, 622/623 ; vgl. dazu auch *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht* : GRUR 1995, 570. Le public ne peut être composé que d'un nombre de personnes indéterminés. De plus, la directive câble et satellite n'a pas prévu de définition du public.

⁶¹⁵ Voir à ce propos SCHRICKER, *Commentaires liés au paragraphe 15*, Rn. 58.

⁶¹⁶ VÖLTZ, Gregor, *Die Werkwiedergabe im Web 2.0, Reformbedarf des urheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriffs*, Gabler Verlag, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011, S.103.

⁶¹⁷ DREIER, in : Dreier/Schulze, 2008, § 15, abs. 38.

⁶¹⁸ BGH : GRUR 1991, 316, 317- Einzelangebot ; GRUR 1982, 102, 103- *Masterbänder* ; J. v. UNGERN-STERNBERG in : Schricker, § 15 Rn. 58).

⁶¹⁹ Pour l'interprétation du paragraphe 54a abs.2 BGH, NJW 1997, 3440, 3443- *Betreibervergütung* ; SCHRICKER/ v. UNGERN-STERNBERG § 15 Rn. 59.

définition générale de la définition du public qui ne se limite pas à l'interprétation de la « communication au public » prévue à l'art. 15, al.3⁶²⁰.

A partir du moment où ni les textes internationaux (*WCT*), ni les textes européens (*InfoSoc*) ne définissent la notion de public, il paraît convaincant de s'inspirer de la définition prévue par le législateur allemand à l'art. 15, al.3 UrhG.

Les critères permettant de définir un public ont donc été formulés par le législateur allemand. La définition du public résulte d'une délimitation négative par rapport à ce qui n'est *pas* considéré comme faisant partie du « public ». Le droit d'auteur caractérise en priorité ce qui *n'est pas* public comme un complément par rapport à ce qui *est* public⁶²¹. Le fait que le droit allemand n'emploie pas la terminologie « privé » par opposition du « public » souligne la difficulté qu'il y a à considérer de manière implicite, que le « public » s'oppose au « privé »⁶²². En tout un cas, le public ne commence pas là où on ne parle plus d'un cercle privé. Entre les deux, il existe un domaine, dans lequel les membres sont liés à travers des relations personnelles. D'ailleurs, les droits prévus à l'art. 3 de la directive *InfoSoc* ne sont pas applicables dans ce domaine entre-deux. Afin de délimiter ce qui ne constitue pas un « public » à proprement parler, le législateur attache de l'importance au critère de la liaison à travers des relations personnelles et confirme ainsi la jurisprudence des plus hautes instances juridiques, qui avaient déjà dégagé ces critères⁶²³.

On peut cependant noter que le texte de loi lié à la définition du public a légèrement été modifié en 2003 à l'occasion notamment de la transposition de la directive 2001, prévoyant explicitement un « droit de mise à disposition ». Avant 2003, l'article prévoyait la formulation suivante, savoir que la « communication d'une œuvre est public, lorsqu'elle est destinée à un nombre majoritaire de personnes, sauf à considérer que le cercle de ces personnes est limité de manière précise en ce que les personnes sont liées entre elles, par des relations réciproques, ou par des relations vis-à-vis de l'organisateur ». La nouvelle rédaction de l'article prévoit que la « communication est publique, dès lors qu'elle est destinée à un nombre majoritaire de membre du public. Fait partie du public, celui qui n'entretient pas avec la personne qui exploite l'œuvre ou avec les autres personnes, auquel l'œuvre est mise à disposition ou rendue perceptible, à travers des relations personnelles ». D'après les justifications de la proposition du gouvernement allemand⁶²⁴ cette nouvelle rédaction doit correspondre au droit tel qu'il était appliqué avant 2003. Pour M. Schricker, cependant, ce but n'a pas été atteint. En effet, il semble qu'avec la nouvelle rédaction, il soit plus facile qu'autrefois d'exclure la qualification d'un acte d'exploitation de « communication au public⁶²⁵ ». On peut donc considérer que la « sphère privée » est plus large. En effet, il n'est plus nécessaire que le cercle de personnes non public soit particulièrement délimité⁶²⁶. On peut malgré tout considérer qu'à travers la nouvelle rédaction, la définition du public n'a été que précisée et on peut donc se fonder sur la jurisprudence développée dans le cadre de la rédaction précédente, afin d'analyser son impact en pratique.

⁶²⁰ Aml. Begr., BT-Drucks. 15/38, S.17.

⁶²¹ G. VÖLTZ, *Die Werkwiedergabe im Web 2.0, Reformbedarf des urheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriffs*, Gabler Verlag, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011, p. 103.

⁶²² G. SAMMER, *Der Öffentlichkeitsbegriff im Urheberrecht*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2011.

⁶²³ Vgl. BT-Drucksache IV/270, S.47.

⁶²⁴ BTDrucks. 15/38 S.17.

⁶²⁵ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker, Rn.65.

⁶²⁶ J. v. UNGERN-STERNBERG, 3. A, § 15, Rn. 65.

Il s'agit à présent d'analyser le contenu de la définition légale (a) avant d'évoquer un certain nombre d'exemples pratiques (b).

a- La définition légale

Un critère quantitatif (une pluralité de personnes) tout comme un critère qualitatif (personnes appartenant à un public car non liées par des relations personnelles) permettent de définir la notion de « public » en Allemagne⁶²⁷.

Tout d'abord, le droit allemand, contrairement au droit français reconnaît un critère *quantitatif* permettant de quantifier un public. En effet, le public est composé d'une « pluralité » de membres du public (*en allemand : Mehrzahl von Personen*). Une pluralité de personnes peut à tout le moins être constituée de peu de personnes⁶²⁸. Pour M. Dreier, il est clair que, par principe, deux personnes suffisent à former une pluralité de personnes⁶²⁹, ce qui a notamment été jugée par la Cour fédérale de justice. En France tout comme en Allemagne, bien sûr, une unique personne peut très bien être membre du public, lui-même composé d'au moins deux personnes.

En raison de la structure très différenciée des droits en Allemagne, le « public » est une notion à géométrie variable. La notion de public varie en fonction du type de communication.

Dans le cas d'une télédiffusion de point à multipoint (art. 20 de la loi sur le droit d'auteur), la pluralité de personne composant le public potentiel réceptionne l'émission au même moment mais par forcément au même lieu⁶³⁰. Ainsi, une personne seule regardant la télévision dans son salon est membre du public, car l'émission de télévision est destinée à plus de 2 personnes. C'est également le cas pour la musique dans les fils d'attente par téléphone⁶³¹. Dans ce cas, on peut dire que l'attachement au lieu (*en allemand : Ortsgebundenheit*) n'influence pas à proprement parler la notion de « public »⁶³². On est en présence d'un public potentiel, alors même que les personnes ne sont pas rassemblées au même endroit, mais situées au contraire dans des lieux à caractère privé⁶³³.

Dans le cadre de la télédiffusion interactive (art. 19a de la loi sur le droit d'auteur), la pluralité de personnes composant le public potentiel n'accède à l'émission de manière effective ni au même moment, ni au même lieu. Il faut ici noter qu'on parle bien d'un accès

⁶²⁷ DREIER, in : Dreier/Schulze, UrhG, § 15, Rn.39.

⁶²⁸ OGH, ÖBl. 1969, 71/72, J. V. UNGERN-STERBERG, in : Schricker, § 15, Rn. 67.

⁶²⁹ AG Nürnberg NJW-RR 1996, 683; OLG Köln OLG-Report Köln 1994, 282- *Zweibettzimmer im Krankenhaus*; Fromm/Nordemann, 10. A, § 15 Rn. 31; KATZENBERGER, *Elektronische Printmedien und Urheberrecht*, S.44 Fn. 219; H. HABERSTUMPF, *Handbuch des Urheberrechts* Rn. 242; A. A. WANDTKE/V. BULLINGER/, UrhR, § 15 Rn. 15; U. LOEWENHEIM, *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Auflage, 2010, Rn. 10.

⁶³⁰ Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, § 20, Rn. 9

⁶³¹ J. v. UNGERN-STERBERG, in : Schricker, § 20, Rn. 9 und 43; WANDTKE/ BULLINGER, § 20 Rn. 11.

⁶³² Voir à ce sujet, Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, § 15, Rn.41; § 20, Rn.9 ; J. v. UNGERN-STERBERG, in : Schricker, § 15, Rn.70; § 20, 8-9; Loewenheim, *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Auflage, 2010, Rn.77 bis 79; DREYER, in : Dreyer/Kotthoff/Meckel, 3. Auflage 2013, § 20, Rn.23, § 15, Rn.37.

⁶³³ GRUR 1994, 797- *Verteileranlage im Krankenhaus*; GRUR 1994, 45- *Verteileranlagen*; LG Köln : ZUM 2007, 219, LG Bochum : ZUM 2007, 403; LG Berlin : ZUM-RD 2003, 313.

effectif (*a fortiori* de la perception effective) et non pas d'un accès *potentiel*⁶³⁴ par le public. Comme dans le cas de la télédiffusion de point à multipoint, il est clair que l'attachement à un même lieu de la pluralité de personne composant le public n'est pas requis pour caractériser à proprement parler ce public. Il ne faudrait cependant pas se méprendre sur ce qui constitue, dans cette situation, véritablement l'acte d'exploitation. Il s'agit bien de la mise à disposition de l'œuvre protégée sur *internet*⁶³⁵ et non pas de sa perception effective ou de sa visualisation par le public. Dans le cas d'une mise en ligne d'une œuvre sur *internet*, la pluralité de personnes composant le public n'est certes pas présente au même endroit, mais bien potentiellement au même moment lors de la « mise en ligne ». En effet, l'œuvre n'est mise à disposition qu'une seule fois à un certain « moment donné », qui est le même pour tous, si bien que le recours au caractère successif en ce que les internautes visualisent l'œuvre n'est pas nécessaire⁶³⁶ !

Le caractère successif du public est tout de même prévu dans le texte de la loi allemande, afin de ne pas restreindre la reconnaissance d'un droit patrimonial⁶³⁷. La pluralité de personnes membre d'un public réceptionnant de manière dispersée dans le temps une œuvre particulière réalise bien une « communication au public ». Par conséquent, il est exact de dire que ni l'attachement au lieu de la pluralité des personnes composant ce public, ni l'attachement au moment d'un possible accès à l'œuvre, n'influence la notion de « public ». Ainsi, bien qu'à première vue, on pourrait croire que l'admission du caractère successif d'un public est nécessaire afin de reconnaître l'existence d'un droit de « mise à disposition », il n'en est rien !

Bien sûr, une communication peu prendre un visage bien plus traditionnel, lorsqu'une pluralité de personne est présente au même lieu et au même moment⁶³⁸, comme c'est le cas dans une salle de concert ou d'opéra. Il est alors clair, que le public est constitué de plus de deux personnes. A côté de ce critère quantitatif, on distingue aussi un critère qualitatif.

Le critère qualitatif consiste à rechercher ce qu'il faut comprendre lorsqu'on précise qu'une communication est publique lorsqu'elle est justement composée d'une pluralité de *personne appartenant à ce public*.

De manière explicite, l'art. 15 (3) apporte un certain nombre de précisions, permettant d'interpréter *a contrario* la notion de « public ». En effet, les personnes liées entre elles par des relations personnelles ne constituent pas un public. La question est de savoir, si on peut faire un parallèle entre des « relations personnelles » prévue en droit allemand et la notion de « cercle de famille » prévue en droit français. Une relation personnelle est une relation qui de manière bilatérale se rapporte à une personne. Avec la notion de cercle de famille, la dimension « personnelle », est bien sûr présente mais antérieurement, limitée aux membres de la famille et aux amis proches. Ainsi, il semble que la notion française de « cercle de

⁶³⁴ Ou alors de la possibilité de perception.

⁶³⁵ Il s'agit de l'application pratique la plus fréquente, bien qu'elle ne soit pas exhaustive. La loi est formulée de manière technologiquement neutre.

⁶³⁶ Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, § 15, Rn.42; § 19a, Rn.8; J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker, § 15, Rn. 71, Rn. 49; DREYER, in : Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 15, Rn.37, 38, 39;

⁶³⁷ Se pose la question de savoir, si les droits patrimoniaux innomés peuvent faire l'objet d'un droit d'exploitation, à partir du moment où les droits d'exploitation sont prévus et harmonisés au niveau de la directive.

⁶³⁸ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker, § 19, Rn.9; DREIER, in : Dreier/Schulze, § 19, Rn. 12; DREYER, in : Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 19, Rn.24.

famille » soit plus restreinte que la notion allemande de « relations personnelles ». En effet, la loi allemande ne parle pas de « relations personnelles privées ». Ainsi, des personnes peuvent être liées entre elles de manière *personnelle* sans pour autant l'être de manière privée. C'est par exemple le cas des employés d'une entreprise, de collègues de travail, des élèves dans une classe d'école, des officiers à l'armée etc... Toutes ces personnes forment un cercle de personnes fermé sans pour autant constituer un cercle privé. Et qui ne fait pas partie d'un « groupe privé » n'est pas forcément membre d'un public. Il y a justement une zone *grise*, entre le groupe privé et public.

M. Sammer émet l'hypothèse abstraite que ce qui ne constitue pas un « groupe privé » est peut-être « un groupe commercial ». Cependant, une telle conception consistant à considérer qu'un groupe privé est un groupe « non-commercial » (*et donc a contrario que le public a un caractère « commercial »*) engendrerait des difficultés quant à l'interprétation des exceptions⁶³⁹. Par conséquent, la définition légale délimitant le « public » par rapport au critère de « relations personnels » a le mérite d'être adapté à la systématique du droit allemand mais présente aussi des difficultés d'interprétation *in concreto*.

Ne sont donc pas personnelles, les relations entre deux personnes en raison de la conclusion d'un contrat⁶⁴⁰, les relations dues à la poursuite de d'intérêts communs⁶⁴¹, ou des relations dues à l'appartenance à un même groupe⁶⁴². Ces relations sont donc publiques. Pour apprécier l'existence d'un public, il est nécessaire de mesurer l'intensité et le type de relation, dont il est concrètement question. La différence liée au type de relation peut influencer la qualification de cette relation. Par exemple, un cercle de personnes composé d'un même nombre de personnes peut soit être constitué comme étant un public, soit comme constituant « un cercle de personnes ayant des relations personnelles »⁶⁴³. Cette différence d'approche s'explique par le but d'arriver à une certaine « balance des intérêts » entre la protection du droit d'auteur d'un côté et les besoins liées à la société de l'information, d'un autre côté⁶⁴⁴.

Pour M. Dreier, la jurisprudence permet de dégager un certain nombre d'indices sans que ces indices constituent des critères à respecter impérativement. D'une part, la taille du cercle de personnes est tout de même un indice important. Plus le cercle de personnes est grand, plus la probabilité d'une qualification par la Cour d'une relation personnelle est restreinte. D'autre part, le type de relation est également un indice. Lorsqu'il s'agit d'une relation entre une entreprise et une administration, il est fort probable qu'on ne parle pas d'une relation « personnelle ». Il en va de même lorsque la relation a lieu grâce à *l'internet*, ou dans le cadre du P2P. Par contre, la relation qui lie l'employé à l'employeur ne permet pas d'exclure le caractère privé de celle-ci. Il s'agit à présent d'exposer un certain nombre de cas pratiques issus de la jurisprudence, afin de comparer l'application pratique de la notion de public en Allemagne avec la notion de public en France.

⁶³⁹ G. SAMMER, *Der Öffentlichkeitsbegriff im Urheberrecht*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2011, p. 167 et s.

⁶⁴⁰ G. VÖLTZ, *Die Werkwiedergabe im Web 2.0, Reformbedarf des urheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriffs*, Gabler Verlag, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011, p. 103.

⁶⁴¹ BGH : GRUR, 1961, 97, 99 ; BGH : GRUR, 1955, 549, 550.

⁶⁴² BGH : GRUR, 1975, 33, 34 ; BGH : GRUR, 1955, 549, 550.

⁶⁴³ BGH : GRUR 1975, 33, 34.

⁶⁴⁴ BT- Drucksache 15/38, S.17.

b- Application pratique

Il est intéressant de noter que la jurisprudence allemande est plutôt favorable à la reconnaissance d'un public, et donc d'un droit de « communication au public », et cela dans l'intérêt de l'auteur⁶⁴⁵. A juste titre, M. Dreier fait remarquer que les décisions reconnaissant un public sont plus nombreuses que les décisions reconnaissant un cercle de personnes ayant des relations personnelles.

A titre d'exemple, on peut souligner qu'il y a absence de relations personnelles et donc « communication au public » dans le cadre d'une institution judiciaire ayant autorité d'exécution⁶⁴⁶, ou d'un hôpital, lorsque ce dernier a eu recours à un répartiteur (*Verteileranlagen*)⁶⁴⁷, ou alors dans le cadre d'un hôtel⁶⁴⁸, ou dans une maison de retraite⁶⁴⁹, ou dans le cadre d'un Sanatorium⁶⁵⁰, dans une auberge de jeunesse⁶⁵¹, dans le cadre des pièces de réception d'une école⁶⁵², dans le cadre de festivités données dans le cadre d'une grande entreprise⁶⁵³, dans le cadre de bal de fin d'année⁶⁵⁴ auquel participe aussi la famille et les amis, tout comme les cours d'une école de danse⁶⁵⁵. Il y a également communication au public dans le cadre de la radiodiffusion dans une salle d'attente d'un dentiste⁶⁵⁶, tout comme dans le cadre d'un cours à l'université⁶⁵⁷. Bien évidemment, la retransmission de musique dans le cadre de fêtes publiques constitue une « communication au public »⁶⁵⁸.

Les programmes d'échange pair à pair excluent toute relation personnelle entre deux personnes puisqu'il ne s'agit que d'une relation de nature technique. Par conséquent, la condition permettant d'exclure une éventuelle « communication au public » n'est pas remplie. L'échange de pair à pair constitue donc une « communication au public ».

Par ailleurs, la doctrine considère que les manifestations scolaires sont des manifestations publiques et que les transmissions de musique dans ce contexte constituent une « communication au public »⁶⁵⁹, lorsque la participation à ce type de manifestation est ouverte à tous, contre le paiement d'un billet d'entrée⁶⁶⁰, tout comme les grandes antennes collectives⁶⁶¹ (*Gemeinschaftsantennenanlagen*). La musique diffusée dans le cadre de la file d'attente au niveau d'un téléphone doit aussi être qualifiée de « communication au public »⁶⁶².

⁶⁴⁵ Vgl. DUSTMANN, in : Fromm/Nordemann, 10. A, § 15 Rn. 35.

⁶⁴⁶ *BGH* : GRUR 1994, 45- Verteileranlagen: sowohl bei Gemeinschafts-als auch im Fall des § 20 hinsichtlich der Insassen der Hafträume; *BGH* : GRUR 1984, 734- Vollzuganstalten.

⁶⁴⁷ *BGH* : GRUR 1994, 797- Verteileranlagen im Krankenhaus.

⁶⁴⁸ LG Köln ZUM 2007, 219 und LG Bochum ZUM 2007, 403, zu Verteileranlagen.

⁶⁴⁹ *BGH* : GRUR1975, 33- Alters-Wohnheim und implizit *BGH* GRUR 1992, 386- Altenwohnheim II.

⁶⁵⁰ *BGH* : GRUR 1972, 614- Landesversicherungsanstalt.

⁶⁵¹ *BGH*, UFITA 73/1975, 286- Postjugendwohnheim.

⁶⁵² *BGH* : GRUR 1983, 562, 563- Zoll- und Finanzschulen.

⁶⁵³ *BGH* : GRUR 1955, 549- Betriebsfeiern.

⁶⁵⁴ *BGH* : GRUR 1960, 338, 339- Tanzstundenabschlussbälle.

⁶⁵⁵ OLG, München : ZUM 1986, 482 f.

⁶⁵⁶ AG Konstanz : GRUR-RR 2007, 384. Il en va cependant différemment, lorsque de la musique issue des pièces des dentistes est à entendre au niveau de la réception de ce dentiste.

⁶⁵⁷ OLG Koblenz : NJW-RR 1987, 699, 700.

⁶⁵⁸ LG Oldenburg : GRUR-RR 2006, 177- Beachparty im Bullenstall.

⁶⁵⁹ Voir à ce propos : T. Neumann, *Urheberrecht und Schulgebrauch*, 1994, S.92 ff.

⁶⁶⁰ Möhring/Nicolini/Kroitzsch § 15 Rn. 29, effectuant une différence à J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker § 15 Rn. 82. *Appréciation en fonction de la taille de la manifestation*.

⁶⁶¹ DREIER, *Kabelweiterleitung und Urheberrecht*, 1990, S.120ff.

⁶⁶² PLEISTER : GRUR Int. 1996, 1229.

Même dans le cas d'*e-mails* envoyés, ne revêtant pas un caractère personnel, envoyés en masse et à une entreprise, il est très difficile de considérer l'existence d'une quelconque liaison personnelle liant les personnes visées⁶⁶³.

Au contraire, ne constitue pas un public (et n'effectue pas donc pas une communication au public) les personnes liées entre elles par des relations personnelles. Sur le fondement de la télédiffusion à un public présent (art. 22 UrhG), il existe une relation personnelle chez les patients d'une chambre double d'un hôpital⁶⁶⁴. Dans le cadre de cours de danse pour certains écoliers choisis⁶⁶⁵, comme dans le cadre de personnel de maisons de rétablissement⁶⁶⁶ (*Müttergenesungsheime*), tout comme au niveau de groupes de travail au sein d'entreprises⁶⁶⁷. La communication d'œuvres protégées de l'esprit au sein d'une classe d'école est régulièrement considérée par les cours de justice comme ne constituant *pas* une « communication au public » soumis au monopole⁶⁶⁸. De même les fêtes privées, comme par exemple les fêtes de mariage et les jubilés, ne portent pas atteinte au droit de « communication au public ». Il est cependant nécessaire que le lieu où ce genre de manifestation est organisé soit fermé et qu'il ne soit pas, de manière générale, accessible à toute personne. La simple présence de quelques personnes non invitées à la fête n'a pas d'influence sur la qualification de l'acte de communication au public. Par conséquent, celui qui organise une fête de mariage dans un restaurant ne paye pas de rémunération à la société de gestion collective appelée *GEMA*, lorsque la fête a lieu dans une pièce ou un endroit spécialement réservé à cet effet, et cela même si l'un des clients du restaurant s'y égard. Il en va différemment, lorsque l'ensemble des clients du restaurant prend part à la fête ou est invité en cours de soirée à participer à la fête.

⁶⁶³ ZUM 2002, 828, 831: les employés d'une entreprise auquel les e-mail sont télédiffusés ne sont pas liés entre eux par des relations personnelles, LG Berlin AfP 2001, 339).

⁶⁶⁴ *BGH* : GRUR 1996, 875- *Zweibettzimmer im Krankenhaus* sur le fondement de l'article 22. Au contraire, sur le fondement de l'article 20 de la loi sur le droit d'auteur, l'ensemble des patients d'un hôpital forme bien un public. Voir à ce propos, *BGH* : GRUR 1994, 797- *Verteileranlage im Krankenhaus*.

⁶⁶⁵ *BGH* : GRUR 1956, 515, 517- *Tanzkurse*.

⁶⁶⁶ LG Kassel Schulze Rspr. : LGZ 174,1.

⁶⁶⁷ KG : ZUM 2002, 828, 830f.

⁶⁶⁸ LG München I v. 30.3.2004, Az.21 O 4799/04; J. v. UNGERN-STERNBERG in : Schricker, § 15 Rn. 82.

Section 2- Réception de la jurisprudence en France et en Allemagne

L'interprétation des directives en matière de droits d'auteur et de droits voisins est un phénomène récent ayant débuté en 2001 (date de la directive Info Soc), le temps pour les conflits d'interprétation d'atteindre les juridictions de plus haute instance au niveau national. On peut même souligner que les années 2012 et 2013 ont vu un « torrent de questions préjudicielles⁶⁶⁹ » s'abattre sur la Cour, d'où une jurisprudence européenne assez dense, notamment en ce qui concerne l'interprétation de la notion autonome de communication au public. Ce changement de perspective et la prise en compte accrue de la jurisprudence de la CJUE n'est pas uniquement le résultat de la procédure juridique. Elle est aussi le résultat d'une volonté délibérée de la CJUE d'harmonisation du droit d'auteur par le législateur européen, en réponse à un échec – pouvant éventuellement évolué d'ici peu.

La prise en compte de la jurisprudence de la CJUE par les juridictions en France et en Allemagne est un phénomène récent en droit d'auteur. La réception recouvre plusieurs appréhensions. Elle peut recouvrir la réception directe d'une décision de la CJUE par une juridiction nationale ayant posé une question préjudicielle en interprétation, sur le fondement de l'art. 267 b TFUE. Liée par l'interprétation de la Cour de justice, la juridiction de renvoi va appliquer en l'espèce la solution proposée par la CJUE. Généralement, la CJUE n'apporte pas de réponse à la question de droit liée aux faits au risque de dépasser ses compétences. Tel n'a pas toujours été le cas, notamment dans le cadre des arrêts *SCF* et *Marco del Corso* où la CJUE a véritablement proposé une solution au cas d'espèce, allant au-delà d'une simple interprétation de la notion de communication au public. La juridiction de renvoi bénéficie ici d'une certaine marge de manœuvre : soit elle adhère au résultat et à l'argumentation développés par la CJUE, soit elle adhère uniquement au résultat proposé par la Cour, soit elle reprend seulement l'argumentation proposée par la CJUE, ce qui est rarement le cas. En effet, la CJUE interprète une notion autonome et unitaire insérée dans une directive, qui est le fruit d'un compromis entre 27 Etats membres, si bien que la transposition au niveau national d'une telle directive laisse une certaine marge de manœuvre de transposition au législateur national, entraînant par là même une certaine flexibilité dans l'application de la loi par le juge. Les juges nationaux se devant néanmoins d'interpréter la loi nationale à la lumière de la directive, il y a également *réception* de la jurisprudence de la CJUE, dès lors qu'une même question de droit nécessitant l'interprétation d'une même notion d'une directive est posée à propos de faits similaires. La CJUE n'ayant pas pour rôle de vérifier la conformité de la loi nationale avec l'interprétation de la directive, il n'est pas à exclure que certaines dispositions nationales ne soient pas conformes à l'esprit d'une directive. L'interprétation de la CJUE de notions autonomes et unitaires ne permet donc qu'une harmonisation ponctuelle de certaines notions clefs.

Les critères permettant de définir une *communication au public* n'étant pas des plus clairs, la réception de la jurisprudence européenne au niveau national s'en trouve fort complexe. Dans l'incertitude, les juridictions nationales réceptionnent plutôt la jurisprudence européenne la moins « invasive » et qui correspond le plus au système national. C'est donc avec scepticisme que les juges allemands et français ont accueilli les décisions de la CJUE. Malgré tout, l'argumentation de l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles* a largement été confirmée par les juridictions nationales allemandes et françaises, et depuis peu, les juridictions allemandes

⁶⁶⁹ V.- L. BENABOU, *Actualité jurisprudentielle de l'Union européenne* : PI, 2013, n°46, p. 82.

ont même considéré que l'arrêt *Marco del Corso* constitue un *acte clair*. Dans quelle mesure, la jurisprudence européenne liée à l'interprétation de la notion de communication au public a-t-elle été réceptionnée et confirmée au niveau national ? A partir de quel seuil la personne qui intervient d'une façon ou d'une autre dans le processus de communication doit être considérée en tant qu'intermédiaire possédant une maîtrise suffisante pour être regardée comme responsable d'un nouvel acte de communication ? Quel acte matériel fait que l'on passe d'un statut à l'autre ? En Allemagne, une « *Weitersendung* » que l'on peut traduire en français par une « retransmission » s'analyse forcément dans le sens d'une représentation secondaire. Rien n'entrave une telle interprétation, puisque la notion de public est un élément de définition de la communication au public. Considérer que la retransmission s'analyse comme un droit exclusif de communication publique au sens de l'art. 20 UrhG est en accord avec l'esprit et la lettre de l'art. 11 bis 1) de la convention de Berne et renforce une compréhension extensive de la communication au public. L'émission originale doit cependant être retransmise par une entité autre que l'organisme d'origine. En France, la retransmission n'est pas forcément à comprendre dans le sens d'une représentation secondaire, car elle ne relève pas forcément du droit exclusif. Une retransmission en France peut ne pas être public, et ne permettre que la réception dans le cadre d'un cercle de famille. Par conséquent, il n'y a représentation secondaire, c'est-à-dire retransmission au sens allemand de « *Weitersendung* » que lorsque cette nouvelle transmission est exclusive d'une réception dans le cadre d'une famille.

Jusqu'à présent, les questions préjudicielles posées par les juridictions nationales à la *CJUE* à propos de l'interprétation de la notion de communication au public dans un monde hors ligne, c'est-à-dire hors du contexte de *l'internet*⁶⁷⁰ ne concernaient que la diffusion d'une œuvre ou d'un objet protégé par les droits voisins dans un lieu privé, ou dans un lieu public constitué de personnes présentes dans un même endroit. La qualité du lieu privé ou public n'influence aucunement la qualification juridique d'un acte d'utilisation de communication au public mais le droit allemand opère une distinction entre l'art. 20 UrhG à propos de la télédiffusion de point à multipoints d'une œuvre et l'art. 22 UrhG ayant pour pendant en droit français la « transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée » à l'art. L.122 -2 *CPI*. La distinction est donc principalement opérée par soucis de clarté des développements.

§ 1- Diffusion dans un lieu privé

La diffusion d'œuvres ou d'objets protégés par les droits voisins dans un lieu privé que constitue une chambre d'hôtel ou un appartement peut résulter d'une simple „mise à disposition“, au sens matériel du terme, d'appareils de télévision munis d'antennes intérieures de la part du gérant d'un hôtel (A) ou s'analyser comme une véritable transmission faisant naître une nouvelle communication au public (B).

⁶⁷⁰ L'hypothèse du *cloud* ou d'un espace de stockage virtuel ne nécessitant pas un accès *internet* et pouvant être considéré comme étant *hors ligne*, ne sera pas envisagée ici.

A- La « mise à disposition au sens matériel » ne constitue pas une communication au public: l'arrêt Königshof

Les développements suivants sont consacrés à la présentation (1) et à l'analyse (2) de l'affaire Königshof.

1- Présentation de l'affaire Königshof

Dans l'affaire *Königshof*⁶⁷¹, une action a été intentée par la société de gestion collective *GEMA*, à l'encontre de la gérante d'un hôtel ayant équipé d'appareil de télévision les 21 chambres de son établissement. Chacun de ces appareils était muni d'une antenne intérieure permettant la réception directe d'émissions de la télévision numérique hertzienne ou terrestre. Les émissions ne sont donc pas réceptionnées par la gérante à l'aide d'une antenne collective, ni même retransmis par cette dernière par le biais d'une « installation de distribution » (*Verteileranlage*). *GEMA* considère que la mise en place de ces télévisions porte atteinte non seulement aux droits d'auteur mais aussi aux droits voisins. La juridiction de première instance⁶⁷², tout comme le tribunal de grande instance de Berlin⁶⁷³, ont statué en faveur de la société de gestion collective. Pour son pourvoi devant la Cour fédérale de justice, la gérante de l'hôtel obtient gain de cause puisque ces actes ne relèvent pas du droit d'auteur.

2- Analyse de l'affaire Königshof

La Cour fédérale de justice casse et annule les décisions rendues par les juridictions inférieures et rejette l'action intentée par la *GEMA*. La simple mise à disposition, au sens matériel du terme, d'appareils télévisés ne constitue pas un acte relevant du droit d'auteur ou des droits voisins⁶⁷⁴. La Cour apprécie l'acte de la gérante d'hôtel à l'aune du droit d'auteur de communication au public, puis à l'aune des droits voisins d'auteur.

A l'aune du droit de communication au public, au sens du droit d'auteur, le *BGH* réfute toute atteinte au droit „de communication d'émissions télédiffusées et de mises à disposition », prévu à l'art. 22 de la loi sur le droit d'auteur allemand. En effet, par la simple mise à disposition matérielle d'appareils télévisés dans les chambres, la gérante ne rend pas les émissions télédiffusées directement perceptibles. Par ailleurs, la communication d'émissions télévisées dans le cadre d'une chambre d'hôtel ne s'effectue pas vis-à-vis d'un public présent, comme ce serait le cas, par exemple, dans le cadre de la radiodiffusion de musique d'ambiance dans une galerie marchande. Par conséquent, la gérante de l'hôtel ne porte pas atteinte à l'art. 22 de la loi sur le droit d'auteur allemand⁶⁷⁵. De plus, l'acte de la gérante ne s'analyse pas non plus comme une télédiffusion de point à multipoint au sens de

⁶⁷¹ *BGH*, 17.12.2015 – I ZR 21/14 : GRUR 2016, 697 – *Königshof*.

⁶⁷² *AG Berlin-Charlottenburg*, Urt. v. 4.1.2013 – 207 C 391/12.

⁶⁷³ *LG Berlin*, Urt. v. 5.11.2013 – 16 S 5/13.

⁶⁷⁴ *BGH*, 17.12.2015 – I ZR 21/14 : GRUR 2016, 697 – *Königshof*, n°8.

⁶⁷⁵ *BGH*, 17.12.2015 – I ZR 21/14 : GRUR 2016, 697 – *Königshof*, n°12.

l'art. 20 UrhG⁶⁷⁶. En effet, à aucun moment la gérante ne transmet ou retransmet les émissions télédiffusées, puisque cette dernière ne dispose pas d'une installation de distribution en raison précisément du fait que les émissions sont réceptionnées par les clients à l'aide d'une antenne intérieure. Pour finir, la Cour fédérale de justice souligne aussi qu'il n'y a pas atteinte à un droit inconnu de communication au public puisque la simple « mise à disposition » matérielle d'appareils de télévision ne s'analyse pas comme une communication⁶⁷⁷. On ne peut que rappeler à ce sujet le considérant 27 de la directive *InfoSoc* qui dispose que « la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive ». Il n'y a donc communication que lorsqu'il y a transmission ou retransmission, comme c'est le cas dans des établissements thermaux ou des hôtels retransmettant les signaux pas le biais d'une installation de distribution. En l'espèce, ni la gérante de l'hôtel transmet d'émissions télévisés ni elle rend les émissions télévisées directement perceptibles. Par conséquent, il n'y a pas d'atteinte au droit d'auteur.

En l'absence d'une quelconque communication de la part de la gérante de l'hôtel, la Cour fédérale de justice ne reconnaît pas non plus d'atteinte aux droits voisins⁶⁷⁸. On remarque que la *BGH* interprète la notion de communication au public de manière uniforme. En effet, il ne réalise pas de distinction entre les critères dégagés par la *CJUE* pour qualifier un droit de communication au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115 ou au sens de la directive *InfoSoc*⁶⁷⁹. Finalement, le *BGH* n'envisage pas de poser une question préjudicielle à la *CJUE*⁶⁸⁰, alors même qu'un parallèle avec l'affaire *PPL* rendue le 15 mars 2012, aurait pu faire naître un doute en raison de la reconnaissance d'un droit de communication au public au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115 dans le cadre de la simple fourniture par l'exploitant d'un établissement hôtelier de « dispositifs » autre que des postes de télévision et de phonogrammes⁶⁸¹.

B- La transmission : une communication au public

L'interprétation de la notion de *communication au public* par la Cour de justice de l'Union européenne étant synthétique, la directive *InfoSoc* ne distingue pas explicitement une *transmission originelle d'une retransmission*, ni même la loi française⁶⁸². Bien qu'en France, la loi reconnaisse un droit unique de représentation prévue à l'art. L.122-2 *CPI*, chaque mode

⁶⁷⁶ BGH, 17.12.2015 – I ZR 21/14 : GRUR 2016, 697 – *Königshof*, n°15.

⁶⁷⁷ BGH, 17.12.2015 – I ZR 21/14 : GRUR 2016, 697 – *Königshof*, n°24.

⁶⁷⁸ BGH, 17.12.2015 – I ZR 21/14 : GRUR 2016, 697 – *Königshof*, n°45.

⁶⁷⁹ D. ETTIG/L. KAASE, *Hotelzimmer, Zahnarztpraxen und Reha-Einrichtungen – der Begriff der öffentlichen Wiedergabe* : K&R, 7/8/2016, 474 (476).

⁶⁸⁰ BGH, 17.12.2015 – I ZR 21/14 : GRUR 2016, 697 – *Königshof*, n°46.

⁶⁸¹ Arrêt *PPL/Irlande*, n°67.

⁶⁸² A comparer avec la loi allemande : En Allemagne, la télédiffusion (en allemand, Senderecht, § 20 UrhG) est à comprendre au sens d'une transmission originelle et au sens d'une retransmission. Rien n'entrave une telle interprétation, puisque la notion de *public* est un élément de définition de la communication au public (en allemand, öffentliche Wiedergabe, § 15 UrhG). En France, au contraire, il y a *représentation* lorsque l'utilisateur individuel devant son poste de télévision réceptionne une émission, alors même que ce dernier n'aura en principe rien à payer, puisque dans le cercle de famille (art. L. 122-5 *CPI*) ; par conséquent, il n'y a représentation secondaire, c'est-à-dire retransmission, que lorsque cette nouvelle transmission est exclusive d'une réception dans le cadre de la famille.

d'exploitation devra être distingué des autres, au niveau du contrat, en application de l'art. L.131-3 du *CPI*. En effet, « tout ce qui n'est pas expressément concédé est retenu⁶⁸³ ». Ainsi, l'autorisation de télédiffuser une œuvre (représentation primaire) n'autorise pas sa retransmission (dans le sens d'une représentation secondaire). Une ligne de partage passe entre la *représentation primaire* et la *représentation secondaire* qui permet la retransmission d'un signal⁶⁸⁴. Bien que la *CJUE* n'opère pas de distinction entre ces deux types de représentations, puisqu'elle ne distingue pas les critères suivant une *communication au public primaire* et une *communication au public secondaire*, il est pourtant évident, que l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles* traite de la notion de représentation secondaire.

Toute intervention dans le processus de retransmission permettant de « prolonger » l'émission initiale suffit-elle à déclencher l'application du droit de représentation ou faut-il exiger que l'initiative relève une certaine maîtrise de ce processus ? La doctrine considère souvent qu'il est nécessaire de rechercher si l'acte aboutit à toucher un public nouveau et si, dans une logique économique, son auteur poursuit un but lucratif.

Ces critères d'un public nouveau et d'un but lucratif semblent directement inspirés de l'argumentation développée par la *CJUE* au niveau de l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter la notion de représentation en droit français d'une jurisprudence relative aux chambres d'hôtels (1). Reste à savoir si la jurisprudence et la loi française de 2006 concernant l'usage d'antennes collectives tout comme la jurisprudence allemande et française au sujet de la câblo-distribution (littéralement, *Kabelweiterverbreitung*, ou *Kabelweiterleitung*) s'inscrit dans la logique argumentative de la Cour de justice de l'Union européenne (2).

1- Télédiffusion dans les chambres d'un hôtel

Dans trois arrêts rendus le même jour en 2008, la Cour d'appel de Paris s'est appuyée sur la décision *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, pour réitérer la solution de l'arrêt *CNN*. Ces trois arrêts ont été soigneusement motivés, dont l'un fait l'objet d'un pourvoi en cassation, lequel a été rejeté⁶⁸⁵. Il reste cependant deux zones d'ombres à dissiper.

La première concerne le caractère lucratif de l'opération dont la cour de justice et la cour d'appel de Paris (dans les trois arrêts précités) tirent argument, tout en se gardant de l'ériger en critère. Tout au plus, le public est-il défini par l'arrêt comme une *clientèle* recherchant un *hébergement*, mais il y aurait beaucoup d'audace à prétendre déduire de cette précision qu'elle limite la mise en jeu du droit de représentation à des hypothèses dans lesquelles la personne à l'origine de la communication poursuit un but lucratif⁶⁸⁶.

⁶⁸³ P.-Y. GAUTIER, n° 304, Section II, *Le droit de représentation*.

⁶⁸⁴ D. REIMER, *Le droit de représentation et l'évolution des techniques*, Congrès ALAI 1978, p. 107-125 (110), qui oppose une « transmission originelle » et une « retransmission ».

⁶⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010: CCE 2010, comm. 22, note Ch. CARON ; Bull. Civ. I, n°9, D 2010, obs. DALEAU ; RIDA 1/2010, p.467 et p.313, obs. P. SIRINELLI ; RTD com.2010, p. 305, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; Légipresse 2010, n°278, p.445, obs. Ch. ALLEAUME.

⁶⁸⁶ A. LUCAS, arrêts du 7 mars 2008 : Pl. 2008, p.423-426 (426).

En France, le public n'est pas limité à un public instrumentalisé dans un tel but. Cependant, on peut tout de même remarquer que le *TGI* a plusieurs fois⁶⁸⁷ mis l'accent sur l'*activité commerciale*. Il en va par exemple ainsi, dans une décision du *TGI* datant du 8 décembre 2009. En l'espèce, la société exploitante (une société de résidence de tourisme) n'est propriétaire ni des appartements de ces résidences, ni des matériels et équipements constituant l'infrastructure des établissements. Malgré tout, la société exploitante réalise bien un acte de représentation puisque la mise à disposition de postes de télévision et la diffusion du signal a lieu dans le cadre d'une activité commerciale. Cette logique commerciale permet de renforcer le constat suivant lequel les moyens déployés par la résidence permettent de toucher un autre public, un public nouveau. Il est donc intéressant de remarquer que, par un raccourci, la destination de l'acte (à des fins commerciales) qui constitue une condition nécessaire mais non suffisante rejaillit sur la qualification de l'acte matériel lui-même.

Il en va aussi ainsi, dans une décision du 14 janvier 2010, en ce qui concerne la mise à disposition de postes de télévision dans des résidences de tourisme et la diffusion du signal dans les résidences étudiantes et de tourisme. Dans cet arrêt, le *TGI* précise explicitement les critères qui ne rentrent pas en ligne de compte. Ainsi, peu importe que les téléviseurs soient ou non la propriété de la société exploitante, peu importe le statut juridique de la personne occupant la chambre, peu importe le caractère privé ou public du lieu de diffusion, peu importe que les téléviseurs soient effectivement utilisés, et peu importe que le public soit potentiel ou virtuel ! Concernant ce dernier aspect, le droit d'auteur est en parfaite conformité avec le texte de la directive. En effet, l'art. 3 de la directive *InfoSoc* prévoit un *droit de communication d'œuvres au public* et un droit de *mettre à la disposition du public* d'autres objets protégés. Or si on parle de *mise à disposition au public* et non pas seulement de *droit de communication au public*, cela signifie qu'il est indifférent que la communication ne soit pas effective et qu'il suffit d'un public potentiel.

Pour conclure, il semble que suite à l'arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, rendu en 2006, la jurisprudence accorde une plus grande importance à la poursuite d'une activité commerciale.

La deuxième zone d'ombre entoure la notion technique de communication au public. Concrètement, il s'agit de savoir « à partir de quel seuil la personne qui intervient d'une façon ou d'une autre dans le processus de communication doit être considérée en tant qu'intermédiaire possédant une maîtrise suffisante pour être regardée comme responsable d'un nouvel acte de communication⁶⁸⁸ ? ». Dans son arrêt du 14 janvier 2010, la Cour de Cassation va se contenter de réitérer les arguments de la *CJUE* déjà évoqué par la Cour d'appel de Paris dans le cadre de l'affaire *hôtel Franklin Roosevelt*⁶⁸⁹. Ainsi, la *CCA* reprend-elle la distinction entre une *simple fourniture d'installation* et un *acte entrant dans le champ des actes soumis à autorisation*. Pour Sirinelli, cette distinction tiendrait plus de l'affirmation que de la démonstration. Et techniquement, il serait possible de s'interroger sur la ligne de partage entre ce qui ne relèverait que de *la simple fourniture d'installations* et ce qui, au contraire, entrerait dans *le champ des actes soumis à autorisation*.

⁶⁸⁷ Voir à ce propos *TGI Paris*, 3^e ch., 8 déc. 2009 : RIDA 1/2010, p.480 (mise à disposition de postes de télévision dans des résidences de tourisme).- *TGI Paris*, 3^e ch., 14 janv. 2010 : RIDA 1/2010, p. 484 (même hypothèse pour des résidences étudiantes et de tourisme).

⁶⁸⁸ P. SIRINELLI : RIDA 1/2010, p. 313-447 (327) ; A. LUCAS, arrêts du 7 mars 2008 : PI, 2008, n°29, p. 423-426.

⁶⁸⁹ Un des trois arrêts de la CA Paris, 7 mars 2008 (*affaires hôtel Franklin Roosevelt, affaire château Frontenac, affaire hôtel Rochester*).

Quel acte matériel fait qu'on passe d'un statut à l'autre ? Une décision postérieure à l'arrêt *SGAE* essaie d'apporter quelques éléments de réponse. Cet arrêt de la *CJUE*⁶⁹⁰ précise « que toute intervention technique de l'hôtelier, sans considération de la configuration concrète de l'équipement installé dans son établissement, permettant au client de capter le signal dans sa chambre et d'accéder ainsi à l'œuvre radiodiffusée » et cela suffit pour déclencher la mise en jeu du droit de communication au public. Le tout est de savoir ce que recouvre le concept d'*intervention technique*, considéré par la doctrine comme *trop large*.

Mais que décider pour les hôteliers qui se bornent à mettre à la disposition de leurs clients les infrastructures leur permettant d'accéder aux réseaux numériques ? Que décider dans le cas où l'hôtelier met à la disposition d'un client un I-Pad ou fournit tout simplement une connexion wifi *internet* ? Pour M. Gautier, la simple fourniture d'une connexion wifi *internet*, sans contenu, est insuffisant pour constituer une communication au public⁶⁹¹. Aucune Cour n'a encore eu l'occasion de se prononcer sur ce cas d'espèce, mais on peut faire un parallèle avec l'arrêt *PPL*⁶⁹², puisque l'hôtelier ne réalise un acte de communication que lorsqu'il met à disposition du client des appareils de lecture et des phonogrammes. Lorsque l'un des deux manque, il n'y a pas de *communication au public*. Par conséquent, l'hypothèse de M. Gautier semble en conformité avec la jurisprudence Européenne. Analysons à présent, si la solution française concernant les antennes collectives est compatible avec la jurisprudence très pragmatique et économique de la Cour de justice de l'Union européenne.

2- Distribution par les antennes collectives et câblo-distribution

a- L'affaire *Breitbandkabel* en Allemagne

aa- Présentation de l'affaire

Confrontée à l'affaire *Breitbandkabel*, la Cour fédérale de justice en Allemagne s'est vue dans l'obligation de poser une question préjudicielle d'interprétation à propos de la notion de *communication au public* à la *CJUE*⁶⁹³. La particularité de l'affaire tient au fait que la question préjudicielle n'a jamais fait l'objet d'une réponse concrète de la part de la *CJUE*, puisque suite à l'arrêt *ITV-Broadcasting*, et à une lettre du président de la *CJUE* demandant au *BGH*, s'il maintenait sa question préjudicielle, la *BGH* a informé la *CJUE* qu'il n'entendait pas maintenir son renvoi préjudiciel. On peut critiquer⁶⁹⁴ le fait que le *BGH* ait accepté la réponse de la *CJUE*, car le cas dont il est question en l'espèce ne correspond pas au cas traité dans le cadre de *ITV Broadcasting*, mais correspond bien plus à la question posée dans les affaires *Airfield*⁶⁹⁵ et *Murphy*⁶⁹⁶.

⁶⁹⁰ *CJUE*, ord. , 18 mars 2010, aff. C-136/09, *OSDD c/ Divani Akropolis* : PI, 2010, p.867, obs. V.-L. BENABOU. (Nommée Arrêt *OSDD*).

⁶⁹¹ P.-Y. GAUTIER, § 307 (p. 314).

⁶⁹² Comp. avec l'arrêt *PPL*, n° 67.

⁶⁹³ Question préjudicielle déposée à la *CJUE* le 14 sept. 2012, affaire *Wikom Elektronik GmbH/ Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte GmbH*, affaire C-416/12.

⁶⁹⁴ Mis en avant par V. BENSINGER, *Vorlagebeschluss zur Kabelweiterleitung im Sendegebiet – „Breitbandkabel“* : GRUR-Prax 2012, 461-462.

⁶⁹⁵ GRUR Int.2011, 1058 = GRUR-Prax 2011, 514, - *Engelmann*.

⁶⁹⁶ GRUR 2012, 156 = GRUR-Prax 2011, 453, vgl. auch *Peifer* : GRUR-Prax 2011, 435.

La question juridique posée dans l'affaire *Breitbandkabel* est en effet la suivante : une retransmission par câbles par le demandeur porte-t-elle atteinte aux droits de télédiffusion gérés par la société de gestion collective *VG Media*, et prévus au paragraphe 87 (1) 1 et au paragraphe 20 de la loi sur le droit d'auteur, c'est-à-dire s'agit-il d'une *communication au public* ? La Cour de justice fédérale allemande indique qu'elle répondrait d'une manière favorable à cette question.

Dans une ordonnance du 16 août 2012⁶⁹⁷, le *BGH* a adressé une autre question préjudicielle visant à savoir si la notion figurant à l'art. 3 § 1 de la directive 2001/29/CE couvre également la rediffusion par le câble d'une œuvre radiodiffusée lorsque l'émission d'origine peut être captée également sans câble dans la zone de couverture, par des appareils de réception qui reçoivent les émissions individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, et lorsque la rediffusion est le fait d'un organisme de radiodiffusion, agissant à des fins lucratives, autre que l'organisme d'origine. Il s'agira pour la Cour de déterminer qui de la directive dite satellite-câble ou de la directive du 22 mai 2001 appréhende ce type d'exploitation. L'enjeu de qualification n'est pas mince puisque la directive de 1993 prévoit un système de gestion collective obligatoire pour la retransmission par câble qui n'aurait donc pas lieu de jouer si la qualification en question échappait à sa compétence.

La formulation de cette question préjudicielle fait pourtant l'objet d'un certain nombre de critiques. M. Riesenhuber⁶⁹⁸ critique le fait que la question du *BGH* se fonde sur l'interprétation de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. Pour lui, il semble évident que la directive *InfoSoc* n'est pas applicable en l'espèce. En effet, comme le souligne M. Conrad⁶⁹⁹, la question posée par le *BGH* à la *CJUE* est une question relativement classique dans le domaine de la retransmission par des entreprises de communication audiovisuelle. A deux reprises déjà, cette question a été abordée dans le passé et n'a pas trouvé de réponse⁷⁰⁰. Or précisément en droit allemand, la réponse à cette question semble découler de l'interprétation de l'art. 87 abs.1 Nr.1 alt.1 *UrhG*, traitant des droits voisins, accordés aux entreprises de communication audiovisuelle, et non d'une interprétation de l'art. 20 *UrhG* prévoyant les droits exclusifs de télédiffusion accordés aux auteurs ou aux ayants droits. Il est clair que l'art. 20 *UrhG* est un droit harmonisé par la directive *InfoSoc* et plus précisément grâce à l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. En revanche, l'art. 87 abs.1 Nr.1 ne semble pas avoir été harmonisé sur le plan européen⁷⁰¹. D'une manière générale, aucune directive n'est applicable en l'espèce.

Finalement, la question préjudicielle montre que le *BGH* a une vision très unitaire de la notion de *communication au public* et laisse supposer que la Cour fédérale de justice soutient une même définition de la *communication au public* en droit d'auteur ainsi qu'au niveau des droits voisins. Pourtant, on peut avoir des doutes quant à une interprétation par analogie de la notion de retransmission telle que prévue au paragraphe 87 *UrhG*, qui tient compte de l'interprétation par la *CJUE* de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. Jusqu'à présent, en effet, la *CJUE* n'avait à interpréter la notion de *communication au public* que pour des questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* et de la directive concernant la location et le prêt relative à un droit à rémunération. Or, puisque le paragraphe

⁶⁹⁷ *BGH*, 16.08.2012 – I ZR 44/10.

⁶⁹⁸ K. RIESENHUBER, *BGH : EUGH-Vorlage zum Begriff der öffentlichen Wiedergabe – Breitbandkabel*, LMK 2012.

⁶⁹⁹ A. CONRAD, *Anmerkung zu BGH*, Beschluss vom 16. August 2012 : I-ZR 44/10.

⁷⁰⁰ Arrêt *Kabelweitersendung- BGH* : ZUM 2000, 749, 750; arrêt *Kabelfernsehen II- GRUR* 1988, 206, 209.

⁷⁰¹ Confirmation aussi de A. CONRAD, *Anmerkung zu BGH*, Beschluss vom 16. August 2012, I-ZR 44/10.

87 UrhG n'a ni été harmonisé par la directive *InfoSoc* ni par la directive de location et de prêt, il est peu probable qu'une analogie d'interprétation soit voulue par la *CJUE*, avec une notion de communication non prévue par les directives. La probable impossibilité d'étendre l'interprétation de la *communication au public* prévue par la *CJUE* à d'autres notions de la communication au public est renforcée par le fait que les cas dans lesquels la Cour s'est prononcée ne concernent pas la retransmission d'émission par des organismes de communication audiovisuelle, mais la retransmission par des utilisateurs hôteliers, dentistes ou restaurateurs. Bien sûr, on peut se poser la question de savoir, si, en l'espèce, le demandeur est vraiment à la tête d'une entreprise de communication audiovisuelle⁷⁰².

Face à cette incertitude quant à la portée de la définition de la *communication au public*, il est donc bien compréhensible que la Cour de justice ait posé une question préjudicielle à la Cour. On peut souligner que dans le cas où la *CJUE* considère que la retransmission en l'espèce ne constitue pas une communication au public au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*, cela n'empêche pas les Etats membres de procurer sur le plan national un droit plus large qu'au niveau européen. Dans le cas où la notion de retransmission doit obéir à la définition de la « communication au public » dégagée par la *CJUE*, il convient d'analyser si on est en présence ou non, d'une communication au public. Il semble ici, que le *BGH* délègue la difficile question à la *CJUE*. C'est donc en tenant compte des critères précédemment développés par la jurisprudence de la *CJUE*, que la *BGH* formule sa question préjudicielle.

Avec la formulation de sa question, le *BGH* rappelle premièrement que l'acte d'exploitation dont il est question en l'espèce est une retransmission par câble d'une œuvre télédiffusée. Deuxièmement, la télédiffusion peut tout aussi bien être réceptionnée sans câble. Troisièmement, l'œuvre peut faire l'objet d'une retransmission par des personnes qui ont des appareils de réception. Quatrièmement, la télédiffusion peut être réceptionnée par un cercle de famille ou par un cercle privé de personnes, et enfin, la retransmission peut être prise en compte, par une autre entreprise de communication audiovisuelle réalisant une retransmission avec un but lucratif. Il semble donc que le *BGH* attende des réponses explicites à une question préjudicielle très clairement posée.

Or, suite à l'arrêt rendu le 7 mars 2013 dans l'affaire C-607/11, *ITV Broadcasting*, le président de la *CJUE* a envoyé une ordonnance à la Cour fédérale allemande en demandant si ce dernier souhaitait maintenir sa question préjudicielle. Par une lettre du 25 avril 2013, le *BGH* a informé la Cour de justice qu'il n'entendait pas maintenir son renvoi préjudiciel. Quelles conséquences le *BGH* doit-il tirer de la jurisprudence *ITV Broadcasting* ?

On peut émettre quelques remarques liées à la réponse de la *CJUE* qu'on peut trouver étonnante pour plusieurs raisons. Dans l'arrêt *ITV Broadcasting* tout d'abord, la *CJUE* interprète la notion de *communication au public* sur le fondement de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. Doit-on en conclure que l'acte d'exploitation dont il est question dans l'arrêt *Breitbandkabel* constitue une communication au public au sens de la directive *InfoSoc* ? Ou s'agit-il d'une notion autonome de la communication au public développée par la *CJUE* qui est également applicable dans d'autres domaines, non harmonisés par la directive *InfoSoc* (par exemple, directive satellite et câble) ? Cette différence semble importante puisque la première directive prévoit un système de gestion collective obligatoire pour la retransmission par câble. Elle suppose également de déterminer la notion de communication au public au regard de la condition de « public nouveau » dont l'importance laisse place au doute dans l'arrêt *ITV-Broadcasting*.

⁷⁰² Autrement dit, si l'article 87 UrhG est vraiment applicable en l'espèce.

Y-a-t-il communication au public, alors même que le but lucratif semblait jouer un rôle important pour le *BGH* et que précisément, dans l'arrêt *ITV Broadcasting*, le caractère lucratif n'a pas à être retenu pour qualifier un acte de *communication au public*. Le renvoi de la *CJUE* ne rend pas les choses limpides. La transposition de la réponse liée à l'arrêt *ITV Broadcasting* et à l'arrêt *Breitbandkabel* est loin d'être évidente. Le seul élément sur lequel les juges de la *CJUE* peuvent se fonder est l'élément technique. Or cet élément technique n'est vraiment pas satisfaisant puisque cela signifie qu'au niveau européen, chaque mode d'exploitation peut faire l'objet d'un droit et qu'on ne prend pas en compte la notion de public nouveau. La *CJUE* segmente les actes et a une vision très technique.

bb- Analyse de l'affaire

A deux reprises déjà, la qualification juridique de la câblo-distribution, dès lors que les conditions de simultanéité et d'intégralité du signal sont réunies a été abordée dans le passé en Allemagne et n'a pas trouvé de réponse définitive. Alors qu'il a même été question d'épuisement des droits de retransmission par câble, considérant alors que la retransmission ne relève pas du champ d'application du droit d'auteur⁷⁰³, un autre arrêt de la Cour fédérale de justice a reconnu l'importance de la retransmission qualifiée de télédiffusion au sens de l'art. 20 de la loi sur le droit d'auteur allemand⁷⁰⁴. Selon la *CJUE*, la retransmission par câble dans une même zone géographique relève du champ d'application du droit d'auteur, notamment en raison de l'intervention d'un « autre organisme que celui d'origine », comme le prévoit l'art. 11bis de la convention de Berne. L'arrêt *ITV-Broadcasting* nécessite une autorisation des ayants droits en vue de retransmettre les émissions protégées non pas par câble mais par le biais du streaming.

Dans le même sens la Cour fédérale de justice a reconnu une atteinte au droit de communication au public, dans l'affaire *Breitbandkabel* au sens de l'art. 20 de la loi sur le droit d'auteur⁷⁰⁵. La difficulté réside dans le fait de savoir, si la rediffusion relève d'une véritable retransmission comme dans le cas des installations de distribution⁷⁰⁶, ou si la rediffusion n'est destinée qu'à être réceptionnée⁷⁰⁷.

En France, l'art. L.132-20 1° du *CPI* dispose que « sauf disposition contraire [...] l'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne ne comprend pas la distribution par câble de cette télédiffusion [...] ». La disposition soulève plus de question qu'elle n'en résout. Les exploitations (par voie hertzienne et par câble) se distinguent sur le seul fondement du vecteur de télécommunication, sans référence au public, ni à l'opérateur qui rend l'œuvre accessible. Est-ce alors le câble qui en tant que vecteur technique particulier, entraîne *per se* l'exploitation distincte ? Est-ce la rupture des vecteurs, qui signe la nouvelle exploitation, comme semble aussi le proposer la *CJUE* dans son argumentation développée à propos de l'arrêt *ITV-Broadcasting* ?

La loi française accordant une grande importance à une approche synthétique de l'exploitation, il est évident que l'interprétation consistant à accorder un statut particulier au

⁷⁰³ *BGH* : GRUR, 1981, 413- *Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten*.

⁷⁰⁴ *BGH* : GRUR, 1988, 206- *Kabelfernsehen II*.

⁷⁰⁵ A comparer avec le droit français, article L. 132-20 *CPI*, absence de référence au public nouveau par la *CJUE*.

⁷⁰⁶ Exemples : *Verteileranlage im Krankenhaus etc.*

⁷⁰⁷ « Wer sendet, empfängt nicht ».

câble ou à l'association d'une exploitation au vecteur technique utilisé serait en contradiction avec l'esprit de la loi française. Par ailleurs, si l'on rentre dans une logique qui repose sur les vecteurs, où se situe alors le seuil de discontinuité ? On le comprend, une telle interprétation serait impraticable et entraînerait une fragmentation artificielle de l'exploitation. Ce que vise le texte est donc uniquement le recours à un réseau câblé constitué sur le segment final de la délivrance : celui qui dessert le public et que le texte appelle précisément « la distribution par câble ». Ce que vise le texte, c'est le cas où les deux réseaux distribuent le même signal, fait qui implique que l'un relaie l'autre. D'après la construction du texte, c'est nécessairement le réseau câblé, puisque le titulaire de l'autorisation de référence – celle qui légitime l'émission – qui est le gestionnaire du réseau *herztien*. La logique sur laquelle se construit la disposition est donc une logique classique d'intervention enchaînée de réseaux, c'est-à-dire d'exploitants. La référence à la technique sur laquelle est élaborée le réseau n'a pas de pertinence en soi, elle sert à différencier les réseaux. Dans ce contexte, l'autorisation de télédiffuser donnée par l'auteur au radiodiffuseur initial ne couvre pas la distribution par câble.

In fine, le texte applique au câble un principe qui ne lui est pas propre : tout opérateur indépendant qui, s'insérant dans un réseau primaire participe à la délivrance d'une œuvre, réalise une exploitation distincte, quand bien même le public qu'il cherchait à atteindre serait celui-là même pour lequel le gestionnaire du réseau primaire a obtenu l'autorisation d'exploiter. C'est donc à ce titre que le câblo-distributeur qui offre, par la voie du câble, à un public situé sur la même zone de service que celle visée par la télédiffusion hertzienne, une œuvre qui pourrait tout aussi bien être captée par une antenne aérienne, doit solliciter l'autorisation de l'auteur. Cette solution, trouve son fondement dans l'art. 11 *bis* 2° de la Convention de Berne et elle est également une solution de bon sens.

En occupant son temps d'antenne avec une émission qui n'a requis aucun investissement, le câblo-distributeur fait, grâce à l'œuvre diffusée, une économie, c'est-à-dire un profit auquel l'auteur doit participer (si ce n'est l'exploitant originaire lorsqu'il a pris à sa charge la réalisation du programme). Indépendamment de la réserve liminaire de la stipulation contraire, l'art. L.132-20 1° du *CPI* complète l'énoncé de ce principe d'une exception formulée comme suit : « [...] à moins qu'elle ne soit faite en simultané et intégralement par l'organisme bénéficiaire de cette autorisation et sans extension de la zone géographique contractuellement prévue ». La câblo-distribution n'est pas une exploitation distincte, si elle réunit trois ou autres conditions cumulatives. Elle doit être faite, simultanément, intégralement, par l'organisme d'origine, sans extension de la zone géographique. La défaillance d'une seule des conditions rend nécessaire l'autorisation. Il est évident que l'exclusion d'une extension de la zone géographique tombe sous le sens : elle accroît le public et donc détermine nécessairement une nouvelle exploitation. De même l'exclusion de la distribution différée est, également, une condition d'évidence : une distribution différée sur le câble, postérieurement à la diffusion primaire sur le réseau hertzien, réitère l'exploitation : elle réalise donc nécessairement une seconde exploitation, le public destinataire fût-il le même. L'application de cette disposition n'est pas évidente.

Néanmoins, une situation est claire : le câble qui court entre l'antenne individuelle et le téléviseur ne fait pas de son propriétaire individuel un *câblo-distributeur*. En effet, ce câblage est un acte technique interne au cercle de famille, c'est-à-dire interne à une unité indivisible de public. Si distribution il y a celle-ci n'est pas publique. Cet obstacle serait toutefois levé si plusieurs cercles de famille se regroupaient pour ne dresser qu'une seule antenne.

En France, un jugement du tribunal de grande instance de Versailles du 20 juin 2000 avait débouté plusieurs sociétés d'auteurs qui poursuivaient le syndicat des co-propriétaires de *Parly 2* pour avoir installé une antenne collective et avoir ainsi illicitement retransmis des

œuvres aux 7500 logements que compte la résidence. L'argument du tribunal était limpide : le syndicat n'était pas un entrepreneur indépendant réémettant pour son compte, parce qu'il ne faisait que gérer, au nom des co-proprétaires, un équipement commun de réception pour éviter que chaque balcon ne soit enrichi d'une parabole individuelle. En bref, son activité de mandataire l'inscrivait dans la sphère de la réception, non celle de l'émission.

Tel est aussi la jurisprudence développée en Allemagne à propos des antennes collectives. Il s'agit d'une approche globale et non « technique ». Les antennes collectives sont libres.

En France, les choses ne semblent pas évidentes concernant les antennes-collectives. En effet, par un arrêt du 16 mai 2002, la cour d'appel infirma le jugement du *TGI* de Versailles et la Cour de cassation rejeta le pourvoi. Selon la Cour de cassation, approuvant la Cour d'appel, « le syndicat avait [...] réalisé une représentation des œuvres audiovisuelles par communication au public constitué de l'ensemble des résidents dont la collectivité excède la notion de cercle de famille, peu important l'absence d'intention lucrative ou la propriété indivise des antennes mises en place »⁷⁰⁸.

b- L'affaire *Ramses* en Allemagne

aa- Présentation

La Cour fédérale allemande a jugé dans un arrêt *RAMSES* du 17 septembre 2015⁷⁰⁹ que la câblo-distribution de signaux télévisuels et radiophoniques captés par une antenne collective ne constitue pas un acte de communication au public.

En l'espèce, la société de gestion collective *GEMA* fait grief au syndicat de copropriétaires d'une résidence nommée *Ramses* comportant 343 logements, d'avoir installé une antenne collective et de retransmettre *illicitement* par le biais d'un réseau de distribution câblé, des signaux télévisuels et radiophoniques, c'est-à-dire des œuvres et objets protégés par les droits voisins aux logements. La technologie utilisée est donc « hybride », puisque les signaux sont bien captés par une antenne collective puis acheminés dans les logements individuels, par le biais d'un réseau de distribution par câble. Selon la *GEMA*, la retransmission réalisée par le syndicat de copropriétaires constitue une atteinte aux droits des auteurs et aux droits voisins des titulaires qu'elle représente. Le tribunal d'instance⁷¹⁰ a rejeté les prétentions de la *GEMA*, tout comme la Cour d'appel⁷¹¹.

L'argumentation de la Cour fédérale de justice est d'autant plus intéressante que la qualification juridique d'une câblo-distribution après avoir suscité des doutes⁷¹² en Allemagne relève d'une télédiffusion au sens de l'art. 20 *UrhG*⁷¹³, alors même que la captation de signaux télévisuels et radiophoniques par le biais d'une antenne collective s'analyse généralement comme une « réception » des signaux protégés, ne relevant donc pas du champ d'application

⁷⁰⁸ Ph. GAUDRAT, J.-CL, fasc. 1242, *Droits des auteurs. - Règles générales. Droit de représentation*, n° 106.

⁷⁰⁹ *BGH*, 17.09.2015 – I ZR 228/14 : GRUR 2016, 71 – *Ramses* (ci-après nommé, arrêt *Ramses*)

⁷¹⁰ *LG München I* : ZUM-RD 2013, 612.

⁷¹¹ *OLG München* : GRUR 2015, 371.

⁷¹² *BGH* : GRUR, 1981, 413 – *Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten*.

⁷¹³ *BGH* : GRUR, 1988, 206 – *Kabelfernsehen II*.

du droit d'auteur. Il en va différemment en France, puisque des hésitations entourent la qualification juridique de la « captation » de signaux par le biais d'une antenne collective, et que le code de la propriété intellectuelle connaît à l'art. L. 132-20 1° *CPI* un principe légal d'autorisation de câblo-distribution, dont l'interprétation soulève des interrogations. L'arrêt *RAMSES* du *BGH* est riche d'enseignements puisque de nombreuses références sont faites à l'argumentation développée par la *CJUE* dans les arrêts liés à l'interprétation de la notion autonome de communication au public, traduisant ainsi en quelque sorte une « réception » des arrêts de la *CJUE* en droit national allemand.

Depuis l'arrêt *Kabelfernsehen II*, la retransmission par câble (*Kabelweiterleitung*) est un acte relevant du champ d'application du droit d'auteur allemand et plus particulièrement du droit de communication publique au sens de l'art. 15 II de la loi sur le droit d'auteur. La retransmission par câble s'analyse comme une télédiffusion au sens de l'art. 20 *UrhG* qui relève de la notion de communication au public telle qu'elle est harmonisée à l'échelle européenne par le droit exclusif de l'auteur prévu à l'art. 3 I de la directive *InfoSoc*. Dans l'affaire *RAMSES*, la société de gestion collective cherche aussi à défendre les intérêts des titulaires de droits exclusifs et de droits à rémunération portant sur des droits voisins, qui ne seront pas abordés dans les développements suivants.

Tout d'abord, la Cour fédérale de justice rappelle qu'une « communication » au sens de l'art. 3 I de la directive *InfoSoc* ou de l'art. 8 de la directive 2006/115/CE nécessite une intervention de l'utilisateur, en pleine connaissance des conséquences de son comportement – c'est-à-dire de manière délibérée et ciblée –, pour donner accès à des tiers, à l'œuvre ou à la prestation protégées au titre des droits voisins, qui sans son intervention n'y auraient pas accès⁷¹⁴. Cette formulation reprend pratiquement mot pour mot, l'argumentation développée par la Cour de justice au fil de ses arrêts.

Ensuite le *BGH* définit la notion de public, non pas telle qu'elle est prévue par la définition légale de l'art. 15 al. 3 de la loi sur le droit d'auteur, mais telle qu'elle a été définie par la *CJUE*, au fil de ses arrêts, en retenant d'une part le critère qualitatif d'un nombre indéterminé de destinataires potentiels, et d'autre part le critère quantitatif, d'un nombre important de personnes⁷¹⁵. L'existence d'un nombre indéterminé de destinataires potentiels se caractérise par le fait que la communication atteint des personnes en *général* ne se limitant pas seulement à des personnes déterminées appartenant à un groupe privé⁷¹⁶. De plus la Cour fédérale de justice rappelle que le public doit être composé d'un nombre important de personnes, ce qui nécessite la prise en compte d'un *minima* de personnes, ce qui exclut la prise en compte d'une petite ou insignifiante pluralité de personnes. Dans le but de déterminer ce nombre de personnes, la prise en compte des personnes ayant cumulativement (c'est-à-dire parallèlement ou successivement) accès à l'œuvre est nécessaire. En l'espèce la Cour fédérale considère que la « retransmission » (en allemand : *Weiterübertragung* et non pas une *Weitersendung*) ne constitue pas une communication au public au sens de l'art. 3 al. 1 de la directive *InfoSoc*, ni au sens de l'art. 8 de la directive 2006/115/EG, en raison d'une absence de *public*⁷¹⁷. Alors que le critère quantitatif est rempli, c'est le critère qualitatif permettant de caractériser un public qui fait défaut en l'espèce. D'un côté, le critère quantitatif est rempli puisque le nombre de personnes auquel sont destinés les signaux télévisuels et radiophoniques est important en raison des 343 logements de la résidence. Le

⁷¹⁴ Arrêt *Ramses*, n° 44.

⁷¹⁵ Arrêt *Ramses*, n° 45.

⁷¹⁶ Arrêt *Ramses*, n° 46.

⁷¹⁷ Arrêt *Ramses*, n° 58.

minima de personnes requis est donc largement dépassé⁷¹⁸. D'un autre côté, les personnes auxquels sont destinées les œuvres et prestations de service ne constituent pas des personnes indéterminées. Au contraire, ces personnes sont déterminées et appartiennent à un groupe privé⁷¹⁹. Par conséquent, il n'y a pas de communication au public.

bb- Analyse de l'affaire *RAMSES*

L'arrêt *RAMSES* fait l'objet de vives controverses doctrinales en Allemagne.

D'une part, il est souligné que l'ensemble des personnes vivant dans 343 logements ne constitue pas un groupe privé de personnes. Il est en plus souligné, qu'il ne s'agit pas uniquement de 343 personnes, mais bien d'un nombre plus important de personnes, puisque ces logements peuvent loger des familles entières, des invités, des amis, et que toute personne vivant dans ces logements n'en est pas propriétaire, ce qui nécessite aussi la prise en compte des locataires⁷²⁰. La Cour de justice de l'Union européenne, tout comme la Cour fédérale de justice n'apportent pas de précision quant aux critères permettant de caractériser un cercle de personnes déterminé. Un cercle de personnes déterminé est-il nécessairement privé? La relation entretenue par ces deux prérogatives n'est pas claire⁷²¹ et doit être précisée. A considérer que les personnes de 343 logements constituent un groupe privé, alors ces personnes ne sont assurément pas « liées par des relations personnelles »⁷²². La notion de « groupe privé » n'est pas réduite à un groupe de personnes entretenant de simples relations personnelles⁷²³. La définition d'un groupe privé ne peut donc s'apprécier à *contrario* de la définition d'un public au sens de l'art. 15 al. 3 UrhG. Incompatible avec la notion de public au sens européen, la définition légale du public au sens du droit allemand n'est pas appliquée par le *BGH*. La prise en compte de l'absence de « relations personnelles »⁷²⁴ en vue de définir le caractère public d'un acte d'exploitation public est abandonnée, *contra legem*⁷²⁵.

On peut s'étonner du fait qu'une résidence puisse être composée d'un nombre déterminé de personnes alors que ni la juridiction allemande traditionnelle, ni la jurisprudence de la Cour de justice n'avait reconnu l'existence d'un nombre déterminé de personnes dans un hôtel par exemple.

Le parallèle entre les clients occupant une chambre d'hôtel ou la chambre d'un établissement thermal ou les prisonniers enfermés dans leurs cellules et les habitants d'une résidence, habitant chacun dans son logement est évident. Selon le *BGH*, les habitants de la résidence *RAMSES* constituent un nombre déterminé de destinataires potentiels en ce qu'ils

⁷¹⁸ Arrêt *Ramses*, n° 59.

⁷¹⁹ Arrêt *Ramses*, n° 60.

⁷²⁰ R. HEINE, *Kabelweiterleitung durch Wohnungseigentümerschaft* : GRUR-Prax 2015, 538.

⁷²¹ A. WIEBE, *Keine öffentliche Wiedergabe durch Kabelweiterleitung in eine Wohnanlage – Ramses* : NJW 2016, 807 (813).

⁷²² A. WIEBE, *Keine öffentliche Wiedergabe durch Kabelweiterleitung in eine Wohnanlage – Ramses* : NJW 2016, 807 (813) ; R. HEINE, *Kabelweiterleitung durch Wohnungseigentümerschaft* : GRUR-Prax 2015, 538.

⁷²³ C. ROSSBACH, *BGH : Kabelweiterleitung über Gemeinschaftsantenne keine öffentliche Wiedergabe – Ramses* : MMR 2016, 204 (209).

⁷²⁴ En allemand : *durch persönliche Beziehungen verbunden*.

⁷²⁵ R. HEINE, *Kabelweiterleitung durch Wohnungseigentümerschaft* : GRUR-Prax 2015, 538.

constituent de par leur qualité d'habitant de la résidence un cercle de personnes distinct d'autres cercles⁷²⁶. Peu importe alors qu'au cours de l'année, une partie des habitants soient amenés à déménager ou à recevoir de la visite faisant ainsi varier concrètement les personnes composant ce cercle de personnes⁷²⁷. Ne peut-on pas considérer que les clients d'un hôtel eux aussi, par leur qualité de clients forment un cercle de personnes déterminées ?

Plus que le caractère déterminé des personnes, c'est le critère de continuité (en allemand, *Dauerhaftigkeit*) qui semble avoir été pris en compte, dans l'affaire *Ramses*, afin de rejeter la qualification d'un public⁷²⁸. Alors que le nombre important de personnes n'est pas remis en cause par la Cour fédérale de justice⁷²⁹, la reconnaissance d'un public n'est pourtant pas automatique. L'appréciation du public et, plus particulièrement le critère du nombre indéterminé de destinataires potentiels, a fait l'objet d'une appréciation qualitative, d'un jugement de valeur (en allemand : *wertende Betrachtung*)⁷³⁰. Selon la Cour fédérale de justice, les habitants d'une résidence se différencient des clients d'un hôtel. En effet, l'accès aux appartements d'une résidence n'est pas limité par la capacité d'accueil de ces appartements, mais les appartements sont par principe uniquement destinés aux habitants desdits appartements. C'est pourquoi, les personnes habitants dans une résidence sont déterminées, alors que la clientèle d'un hôtel est plus fluctuante. De plus, la Cour fédérale reprend un argument de l'instance inférieure en précisant que l'accès aux services est librement décidé par les clients et repose sur les capacités d'accueil de l'hôtel⁷³¹.

§ 2- Diffusion dans un lieu public ?

A- Présentation des affaires « Zahnarztpraxis » et « Reha-Training » en Allemagne

Deux affaires, réceptionnant de manière indirecte la jurisprudence de la CJUE, attirent particulièrement l'attention en Allemagne. Il s'agit d'une part de l'affaire nommée ci-après « Zahnarztpraxis », puisqu'elle concerne la diffusion de phonogrammes dans la salle d'attente d'un dentiste (1), et la prise en compte de l'argumentation de la CJUE par le tribunal de grande instance de Cologne, ayant obtenu une réponse de la CJUE en mai 2016, non encore réceptionnée au niveau national (2).

1- L'affaire Zahnarztpraxis

Les faits de l'affaire *Zahnarztpraxis* sont similaires aux faits de l'affaire *Marco-del-Corso*, à cela près qu'il s'agit de la société de gestion collective allemande *GEMA* et non plus d'une société de gestion collective italienne. Comme dans l'affaire *Marco del Corso*, un dentiste

⁷²⁶ Arrêt *Ramses*, n° 63.

⁷²⁷ Arrêt *Ramses*, n° 61 et n° 63.

⁷²⁸ A. WIEBE, *Keine öffentliche Wiedergabe durch Kabelweiterleitung in eine Wohnanlage – Ramses*, NJW 2016, 807 (813).

⁷²⁹ C. ROSSBACH, *BGH : Kabelweitersendung über Gemeinschaftsantenne keine öffentliche Wiedergabe – Ramses* : MMR 2016, 204 (209).

⁷³⁰ C. ROSSBACH, *BGH : ibid.*

⁷³¹ Arrêt *Ramses*, n° 63.

procède dans son cabinet à une radiodiffusion de phonogrammes protégés au titre de la propriété littéraire et artistique et au titre des droits voisins. Le dentiste avait conclu un contrat d'exploitation des droits d'auteur avec la *GEMA* le 6 août 2003, permettant à la *GEMA* de percevoir des droits au titre de la diffusion de cette musique d'ambiance. Le dentiste a cependant résilié son contrat d'exploitation de manière unilatérale, sans délais, le 17 décembre 2012. C'est explicitement que le dentiste a justifié son acte en faisant référence à l'arrêt *Marco del Corso*, du 15 mars 2012.

Par un arrêt du 18 juin 2015, la Cour fédérale de justice a donné raison au dentiste en réceptionnant la solution et pour partie l'argumentation de l'arrêt *Marco del Corso*. Les juridictions inférieures ont également rendu un jugement en faveur du dentiste, puisque le tribunal d'instance⁷³² n'a retenu que le paiement de la somme de 61.64 euros à l'encontre du dentiste, et a rejeté par ailleurs l'action de la société de gestion collective. Le recours de la *GEMA* n'a pas été couronné de succès. Le tribunal de grande instance a considéré que la société de gestion collective *GEMA* pouvait demander une rémunération au titre du droit d'auteur pour la période allant du 01 juin 2012 au 16 juin 2012 d'un montant de 61.64 euros. Le contrat d'exploitation a expiré le 17 décembre 2012. En acceptant la révision, la société de gestion collective voulait obtenir la condamnation du dentiste pour la période allant du 17 décembre au 31 mai 2013, au paiement de la rémunération au titre des droits d'auteur, d'un montant de 51.93 euros.

La révision par la Cour fédérale de justice n'a pas eu le succès escompté. Selon le jugement du *BGH*, la société de gestion collective ne peut obtenir le paiement des droits d'auteur après le 17 décembre 2013, puisqu'il a été mis fin au contrat d'exploitation. La résiliation du contrat d'exploitation par le dentiste est justifiée, car le fondement (en allemand, *Geschäftsgrundlage*) du contrat d'exploitation avait disparu en raison de l'arrêt de la *CJUE*. L'argumentation se fonde donc sur un argument issu du droit civil. En effet, les parties avaient conclu le contrat d'exploitation le 6 août 2013 en retenant la jurisprudence en vigueur à l'époque, qui prévoyait que la radiodiffusion de phonogrammes protégés au titre de la propriété littéraire et artistique tout comme au titre des droits voisins dans la salle d'attente d'un cabinet médical constituait une communication au public au sens de l'art. 15 abs. 3 UrhG concernant d'une part un droit exclusif des auteurs selon l'art. 22, phrase 1, cas 1 UrhG, et donnant droit d'autre part, à une rémunération aux artistes interprètes pour la diffusion de leur « prestation » au sens de l'art. 78, al. 2, point 3, cas 1 UrhG.

Le *BGH* reprend pour partie seulement l'argumentation de la *CJUE* notamment en ce qui concerne la notion de public, en ce que la *CJUE* ne reconnaît une communication au public que vis-à-vis d'un nombre indéterminé de destinataires potentiels et d'un nombre important de personnes. La Cour de justice a jugé d'une manière générale, que ces conditions ne sont pas remplies, dans le cadre précisément de la radiodiffusion de phonogrammes dans la salle d'attente d'un cabinet dentaire.

Se sentant lié par l'interprétation du droit de l'union par la *CJUE*, le *BGH* interprète ainsi le droit allemand à la lumière de la directive. Les faits tout comme la question juridique étant similaires à l'affaire *Marco del Corso*, le *BGH* a considéré la jurisprudence de la *CJUE* comme étant un *acte clair*. C'est pourquoi, le *BGH* n'a pas posé une nouvelle question préjudicielle. Reprenant la conclusion de la *CJUE*, le *BGH* ne reconnaît pas de communication au public dans

⁷³² AG Düsseldorf, Urt. v. 4.4.2013 – 57 C 12732/12 : GRUR-RR 2013, 458.

le cadre de la radiodiffusion de phonogrammes dans la salle d'attente d'un médecin et par là-même, le dentiste n'est pas obligé de payer des droits de rémunération.

La démarche adoptée par les juridictions allemandes est tout autre dans le cadre de l'affaire *Reha-training*, puisque le tribunal de grande instance de Cologne ne reconnaît pas l'existence d'un acte clair et a donc posé une question préjudicielle à la *CJUE* ayant donné lieu à l'arrêt *Reha-training*, le 31 mai 2016.

2- L'affaire *Reha-Training*

La démarche du tribunal de grande instance de Cologne (*Landgericht Köln*) témoigne de l'incertitude des juridictions nationales quant à la portée de la notion de communication au public. En effet, selon le tribunal de grande instance de Cologne, les critères permettant de reconnaître une communication au public au sens de la directive 2006/115/EC semblent plus sévères que les critères permettant de qualifier une communication au public au sens de la directive *InfoSoc*. Comment alors qualifier un acte d'utilisation d'une œuvre entraînant l'application d'un droit de communication au public au sens des droits voisins prévus notamment par la directive 2006/115/EC et au sens des droits d'auteur, prévu par la directive *InfoSoc*, comme c'est le cas lors de la radiodiffusion d'émissions télévisées dans deux salles d'attente et une salle d'exercices, protégés au titre de la propriété littéraire et artistique et des droits voisins ? Quels critères permettent alors de définir une communication au public ?

Le tribunal d'instance de Cologne a fait droit à la demande de la société de gestion collective *GEMA* considérant qu'une telle mise à disposition constitue un acte de communication au public d'œuvres appartenant au répertoire qu'elle gère et a condamné *Reha Training* au paiement de dommages et intérêts correspondant aux sommes dues à la *GEMA*. En effet, la *GEMA* avait facturé les sommes qu'elle estimait dues par cette société au titre des redevances pour la période allant du mois de juin 2012 au mois de juin 2013 sur la base des tarifs en vigueur. *Reha training* a alors saisi la juridiction de renvoi, le tribunal de grande instance de Cologne, d'un appel de cette décision. Le tribunal de grande instance a décidé de surseoir à statuer et a posé à la Cour quatre questions préjudicielles résumées de la façon suivante :

Premièrement, la question de l'existence d'une « communication au public » au sens de l'art. 3, paragraphe 1 de la directive 2001/29 et/ou au sens de l'art. 8, paragraphe 2 de la directive 2006/115 est-elle toujours déterminée selon les mêmes critères ? Deuxièmement, dans quel cas convient-il d'apprécier la question de savoir s'il y a communication au public, selon la notion de « communication au public » figurant à l'art. 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29 ou à l'art. 8 paragraphe 2 de la directive 2006/115 ? Troisièmement, l'affaire au principal entraîne-t-elle une application de l'art. 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29 ou/et de l'art. 8 paragraphe 2 de la directive 2006/115 ? Quatrièmement, la Cour de justice maintient-elle sa jurisprudence selon laquelle en cas de communication de phonogrammes protégés, dans le cadre d'émissions de radiodiffusion destinées à des patients d'un cabinet dentaire ?

Les quatre questions préjudicielles ne concernent pas uniquement le cas d'espèce, mais soulèvent également des questions concrètes liées à la délimitation de la notion de

communication au public, telle qu'elle est envisagée dans l'affaire *Marco del Corso*⁷³³. Dans l'arrêt *Reha-training* du 31 mai 2016, la *CJUE* précise que la notion de communication au public, figurant dans les deux dispositions que sont l'art. 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29 et l'art. 8 paragraphe 2 de la directive 2006/115/CE ont la même signification⁷³⁴ et doivent être appréciées suivant les mêmes critères⁷³⁵.

Finalement, les juges du Luxembourg en ont conclu que la diffusion d'émissions télévisées au moyen d'appareils de télévision que l'exploitant d'un centre de rééducation a installés dans ses locaux, devrait affecter le droit de communication au public⁷³⁶. Tout d'abord, il y a bien un acte de communication, puisque l'exploitant du centre de rééducation transmet délibérément des œuvres protégées à ses patients, au moyen de télévisions installées dans plusieurs endroits de cet établissement⁷³⁷. Ensuite, les patients d'un centre de rééducation constituent bien un public, puisque notamment, le cercle des personnes constitué par ces patients n'est pas trop petit⁷³⁸. De plus, il convient de relever que ces patients constituent un public nouveau, puisque de toute évidence ils n'ont pas été pris en considération lors de l'autorisation donnée à la mise à disposition d'origine⁷³⁹. Pour conclure, la diffusion d'émissions télévisées au moyen de postes de télévision constitue une prestation de services supplémentaire qui contribue favorablement à l'attractivité du centre de rééducation⁷⁴⁰. Par conséquent, la prise en compte du caractère lucratif de l'acte d'utilisation des œuvres constitue un indice en vue de caractériser une communication au public⁷⁴¹ alors même que la *CJUE* précise simplement que le caractère lucratif est de nature à être pris en compte aux fins de déterminer le montant de la rémunération due. La *CJUE* n'apporte qu'une réponse indirecte à la quatrième question préjudicielle, en rappelant simplement la jurisprudence *Marco del Corso*, montrant ainsi, qu'elle maintient cette dernière⁷⁴².

B- Analyse de ces affaires

Malgré la consécration d'une approche unitaire de la notion de communication au public dans l'arrêt *Reha-Training*, retenant les mêmes critères selon que la notion de communication est employée dans le contexte de la directive *InfoSoc* ou de la directive 2006/115/CE, l'application différente des critères constitutifs de cette notion selon les cas d'espèce laisse perplexe. Comment comprendre cette différence d'approche de la *CJUE*, si ce n'est par la volonté de protéger certains intérêts catégoriels ?

⁷³³ D. ETTIG/L. KAASE, *Hotelzimmer, Zahnarztpraxen und Reha-Einrichtungen – der Begriff der öffentlichen Wiedergabe* : K&R, 7/8/2016, p. 474 et s. (477).

⁷³⁴ Arrêt *Reha-Training*, n°33.

⁷³⁵ Arrêt *Reha-Training*, n°34 et n°65.

⁷³⁶ Arrêt *Reha-Training*, n°62 et n°65.

⁷³⁷ Arrêt *Reha-Training*, n°55.

⁷³⁸ Arrêt *Reha-Training*, n°58.

⁷³⁹ Arrêt *Reha-Training*, n°60.

⁷⁴⁰ Arrêt *Reha-Training*, n°63.

⁷⁴¹ D. ETTIG/L. KAASE, *Hotelzimmer, Zahnarztpraxen und Reha-Einrichtungen – der Begriff der öffentlichen Wiedergabe* : K&R, 7/8/2016, p. 474 et s. (477).

⁷⁴² Arrêt *Reha-Training*, n°52.

1- Manque de cohérence de la jurisprudence *Zahnartzpraxis* avec la jurisprudence traditionnelle allemande et française

Considérer *in fine* que la radiodiffusion de phonogrammes protégés au titre de la propriété littéraire et artistique et plus particulièrement des droits voisins ne constitue pas une communication au public et n'entraîne pas le paiement par le cabinet dentaire, pour le compte des ayants droit d'une quelconque rémunération au titre de cette diffusion, va à l'encontre de la jurisprudence traditionnellement retenue en France et en Allemagne.

En France, la radiodiffusion de phonogrammes dans une salle d'attente d'un cabinet dentaire relève du droit de représentation au sens de l'art. L. 122-2 CPI et le cabinet doit payer une rémunération à la SACEM. L'art. L.122-2 CPI n'énumère pas de façon explicite que la radiodiffusion de phonogrammes dans une salle d'attente d'un cabinet dentaire constitue une représentation. L'exemple énuméré le plus proche est sans doute « la transmission dans un lieu public d'une œuvre ». Par conséquent, il ne fait pas de doute que « la sonorisation » par télédiffusion d'œuvres musicales dans un magasin, lieu ouvert au public, constitue un acte de représentation⁷⁴³. De même, le fait de placer des récepteurs de télévision dans des salles de restaurant constitue, conformément à l'art. L.122-2 CPI et à l'art. 11 *bis* de la convention de Berne, une « réception publique » d'une œuvre télédiffusée réalisant ainsi une représentation distincte, puisque cette initiative implique d'une part un appel à une partie du public à qui ne s'adressait pas directement l'émission et, d'autre part, une transmission de l'œuvre à ce public spécial⁷⁴⁴. La salle d'attente d'un cabinet dentaire constitue-t-elle un lieu public ? L'interprétation de la notion de « lieu accessible au public » est délicate⁷⁴⁵. A considérer que le cabinet dentaire est un lieu privé, la radiodiffusion de phonogrammes dans une salle d'attente ne peut s'analyser comme une transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée, alors même que la notion de télédiffusion serait à comprendre au sens large.

Néanmoins, la qualification de représentation dans ce cas d'espèce n'en est pas pour autant exclue, puisque l'art. L.122-2 CPI ne propose qu'une liste d'exemples non limitative et donc non exhaustive. La notion de représentation est en effet à comprendre dans un sens large, puisque la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque. De plus, le fait que la « réception » soit privée n'exclut pas que l'émission soit publique et donc soumise au monopole de l'auteur. Tel est le cas, lorsque l'hôtelier prend l'initiative de diffuser dans les chambres de la musique préenregistrée⁷⁴⁶. Par conséquent, il y a bien représentation dans le cas de la diffusion de phonogrammes dans la chambre privée d'un hôtel. *A fortiori*, la diffusion de phonogrammes dans la salle d'attente d'un cabinet dentaire relève également du monopole...à moins qu'il ne s'agisse d'une représentation dans le cadre d'un cercle de famille⁷⁴⁷. Les développements précédents ont déjà permis d'approfondir la notion de cercle de famille comme étant de caractère privé et familial. Le cercle de famille circonscrit encore un peu plus le caractère privé⁷⁴⁸. Il est évident que les patients d'un cabinet dentaire ne constituent pas un cercle de famille ayant des liens de parenté. Peut-on néanmoins considérer que les patients d'un cabinet constituent un public, en vue de reconnaître une « réception publique » des phonogrammes radiodiffusés permettant de

⁷⁴³ TI, Dijon, 13 avr. 1995 : RIDA oct. 1995, p. 253, obs. KÉRÉVER.

⁷⁴⁴ Cass. civ. 2 janv. 1946 : D. 1946. 133 et 28 avr. 1947 : D. 1948. 391, note DESBOIS.

⁷⁴⁵ Voir les commentaires du CPI, 2016, art. 122-2 CPI, p. 147.

⁷⁴⁶ Paris, 18 sept. 1974 : D. 1975. Somm. 87; RIDA janv. 1975, p. 112.

⁷⁴⁷ Art. L.122-5 CPI, « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire 1° les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ».

⁷⁴⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, p. 823 (Rn. 1150).

reconnaître l'application du droit de représentation ? Ce n'est pas parce qu'un cercle de personnes ne constitue pas un cercle de famille, que ce cercle de personnes constitue un public. Or, en France, il y a bien représentation secondaire, c'est-à-dire retransmission au sens de l'art. 11 bis 1) 2° de la Convention de Berne, dès lors que cette nouvelle transmission est exclusive d'une réception dans le cadre de famille. Par conséquent, peu importe si le cercle de patients d'un dentiste constitue — oui ou non — un public, puisqu'il ne forme assurément pas un cercle de famille. La diffusion de phonogrammes dans la salle d'attente d'un dentiste s'analyse donc bien comme une représentation au sens de l'art. L.122-2 CPI et nécessite un paiement de la part du dentiste.

En Allemagne aussi, la radiodiffusion de phonogrammes exige le paiement pour le compte des ayants droit d'une rémunération au titre du droit de communication au public. Plusieurs affaires peuvent être citées à l'appui de cette constatation. Ainsi, avant l'affaire *Marco del Corso*, la radiodiffusion ou littéralement la radiocommunication (en allemand, *Radiowiedergabe*) dans un cabinet dentaire était publique au sens de l'art. 15 III UrhG, lorsque la transmission avait lieu dans la salle d'attente par le moyen de haut-parleurs⁷⁴⁹.

En effet, les patients d'un dentiste constituent bien un public⁷⁵⁰, puisque les personnes ne sont pas liées par des relations personnelles. L'appréciation concernant l'existence d'un lien personnel entre les patients d'un dentiste entre eux, ou entre les patients et les employés du dentiste, ou les patients avec le dentiste ou le médecin n'est pas évidente et a déjà fait l'objet de débat au sein de la doctrine⁷⁵¹. En effet, un arrêt du tribunal d'instance de Homburg/Saar⁷⁵², dont il était question dans un art. ayant pour titre « pas d'assujettissement au paiement d'une rémunération – à la société de gestion collective *GEMA*- dans le cabinet dentaire »⁷⁵³ un journal à destination des dentistes de Basse-Saxe a entraîné une forte réaction de la part des dentistes ne voulant plus payer de frais au titre de la diffusion de phonogrammes. Dans ce contexte, il a été soutenu, que les patients d'un dentiste étaient liés entre eux – et cela même de façon personnelle⁷⁵⁴ – parce qu'ils poursuivaient tous un intérêt commun⁷⁵⁵ d'avoir un rendez-vous et d'être oscultés par un même médecin. Le fait que les clients d'un dentiste soient liés par de mêmes intérêts ciblés et pratiques ne suffit pas à caractériser la dimension personnelle de leurs liens⁷⁵⁶. En pratique en effet, on ne peut sérieusement soutenir que les patients d'un dentiste ou d'un médecin entretiennent des relations personnelles, puisque les patients échangent tout au plus quelques mots de courtoisie. Comme le souligne aussi le tribunal d'instance de Saarbrücken, l'argumentation du tribunal de Homburg/Saar semble artificiel, d'où l'absence d'influence des décisions du tribunal de Homburg pour d'autres cas similaires⁷⁵⁷. De même, la présence d'un nombre

⁷⁴⁹ *Unerlaubte Radiowiedergabe in Zahnarztpraxis* : GRUR-RR 2007, 384 concernant l'affaire AG Konstanz, Urteil vom 26.04. 2007 – 4 C 104/07 *Radiowiedergabe in Zahnarztpraxis*.

⁷⁵⁰ En allemand : eine *Öffentlichkeit*.

⁷⁵¹ Th. WOLF, *Erfüllt die Wiedergabe von Radiosendungen in Warteräumen von Arztpraxen das Merkmal der «Öffentlichkeit» im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG ? – Gegenargumente und ihre Erheblichkeit* – : GRUR 1997, 511.

⁷⁵² Urt. v. 18. 5. 1994, 16 C 80/94.

⁷⁵³ En allemand : « *Keine GEMA-Gebührenpflicht in der Praxis* ».

⁷⁵⁴ Th. WOLF, *Erfüllt die Wiedergabe von Radiosendungen in Warteräumen von Arztpraxen das Merkmal der «Öffentlichkeit» im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG ? – Gegenargumente und ihre Erheblichkeit*–, GRUR 1997, 511.

⁷⁵⁵ En allemand : *gleichgerichtetes Interesse*. Ce n'est pas sans rappeler ici l'affaire *Ramses*.

⁷⁵⁶ Voir J. v. UNGERN-STERNBERG in Schricker, *Urheberrecht*, 1987, § 15 Rn. 34.

⁷⁵⁷ *GEMA-Pflicht für Musiksendungen bei Zahnarzt* : NJW-RR 1996, 683 concernant l'affaire AG Nürnberg, Urteil vom 17.01.1996 – 32 C 10234/95.

uniquement restreint de patients dans la salle d'attente n'influence pas la reconnaissance d'un public dans la salle d'attente d'un médecin. En effet, la caractérisation d'un public n'est pas tant due au nombre de patients dans la salle d'attente mais bien plus au fait que toute personne peut entrer dans la salle d'attente⁷⁵⁸, et cela même s'il s'agit d'un cabinet médical où l'on ne fait que commander des médicaments⁷⁵⁹, et où il ne se trouve généralement qu'une seule personne dans la salle d'attente⁷⁶⁰. Dans le but de contourner cette difficulté, l'arrêt ne va pas employer la terminologie de « public potentiel », puisque l'application de l'art. 21 UrhG et 22 UrhG nécessite justement la présence effective d'un public, mais l'on va tenir compte de manière cumulative de l'ensemble des patients⁷⁶¹ venant dans le cabinet dentaire ou médical et de la volonté de l'utilisateur (ici le dentiste ou le médecin) d'atteindre les patients⁷⁶². On peut noter qu'il s'agit ici d'un critère assez subjectif. Parfois la jurisprudence traditionnelle allemande reconnaît même l'existence d'un caractère lucratif dès lors que des phonogrammes sont radiodiffusés dans un cabinet médical par exemple⁷⁶³.

L'arrêt du tribunal d'instance de Constance reconnaît cependant qu'une diffusion de phonogrammes à destination uniquement des collaborateurs ou employés d'un médecin ou d'un dentiste à l'accueil d'un cabinet dentaire, ne constitue pas une communication au public⁷⁶⁴. En effet, les collaborateurs sont liés par des relations personnelles au médecin en raison de leurs relations de travail, qui au quotidien aussi sont particulièrement proches⁷⁶⁵. Par ailleurs, il faut souligner que la diffusion de phonogrammes à l'accueil doit être relativement silencieuse et ne doit être prise en compte par les patients de la salle d'attente que de manière fortuite⁷⁶⁶.

Par conséquent, plusieurs arrêts ont reconnu l'obligation pour le dentiste⁷⁶⁷ et pour le médecin⁷⁶⁸ de payer pour le compte des ayants droit une rémunération au titre de la diffusion.

⁷⁵⁸ Voir entre autre, AG KOBLENZ, Urt. v. 26. 1. 1995, 16 C 43 29/94 ; *GEMA-Pflicht für Musiksendungen bei Zahnarzt* : NJW-RR 1996, 683 concernant l'affaire AG Nürnberg, Urteil vom 17.01.1996 – 32 C 10234/95 ;

⁷⁵⁹ AG München, Urt. v. 12.4.1996, 161 C 2046/96 ; *Hintergrund in Arztpraxis* : NJW-RR 1999, 551 concernant l'affaire LG Leipzig, Urteil vom 7.4. 1998 – 5 S 9632-97

⁷⁶⁰ En allemand : *Bestellpraxis*.

⁷⁶¹ *Unerlaubte Radiowiedergabe in Zahnarztpraxis* : GRUR-RR 2007, 384 concernant AG Konstanz, Urteil vom 26.4.2007- 4 C 104/07 *Radiowiedergabe in Zahnarztpraxis*.

⁷⁶² *Hintergrundmusik in Arztpraxis* : NJW-RR 1999, 551 (552) concernant LG Leipzig, Urteil vom 7.4.1998 – 5 S 9632-97.

⁷⁶³ *Hintergrundmusik in Arztpraxis* : NJW-RR 1999, 551 (552) concernant LG Leipzig, Urteil vom 7.4.1998 – 5 S 9632-97.

⁷⁶⁴ *Unerlaubte Radiowiedergabe in Zahnarztpraxis* : GRUR-RR 2007, 384 concernant AG Konstanz, Urteil vom 26.4.2007- 4 C 104/07 *Radiowiedergabe in Zahnarztpraxis*.

⁷⁶⁵ Ibid. et voir aussi, *Vergütung der Wiedergabe von Rundfunksendungen in Arztpraxis* : NJW-RR 1995, 1325 (1326) concernant, AG Konstanz, Urteil vom 20-10-1994 – 9 C 443/94. *Contra*, Th. WOLF, qui considère que le dentiste ou le médecin ne devrait pas pouvoir décider lesquels des personnes sont « touchées » par la diffusion des phonogrammes. Voir Th. WOLF, *Erfüllt die Wiedergabe von Radiosendungen in Warteräumen von Arztpraxen das Merkmal der « Öffentlichkeit » im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG ? – Gegenargumente und ihre Erheblichkeit* – : GRUR 1997, 511 (512).

⁷⁶⁶ Voir seulement, AG Bad Oldesloe, Urt. v. 18.12.1998 – 2 C 684/98.

⁷⁶⁷ *GEMA-Pflicht für Musiksendungen bei Zahnarzt* : NJW-RR 1996, 683 concernant l'affaire AG Nürnberg, Urteil vom 17.01.1996 – 32 C 10234/95.

⁷⁶⁸ *Vergütung der Wiedergabe von Rundfunksendungen in Arztpraxis* : NJW-RR 1995, 1325 concernant l'affaire AG Konstanz, Urteil vom 20-10-1994- 9 C 443/94.

Ce qui est intéressant en comparaison avec le droit français est le fait que la diffusion de phonogrammes dans la salle d'attente d'un dentiste constitue certes une représentation *secondaire*, mais non pas une retransmission au sens de l'art. 20 UrhG. Une diffusion de phonogrammes dans la salle d'attente d'un cabinet dentaire ou dans une salle de restaurant s'analyse plutôt comme une communication au sens de l'art. 21 UrhG ou dès lors qu'il s'agit d'une radiodiffusion ou d'une télédiffusion, d'une communication au sens de l'art. 22 UrhG. Les articles 21 et 22 UrhG constituent une particularité du droit d'auteur allemand analytique et le droit d'auteur français, très synthétique, ne connaît pas de « pendant » dans le CPI. Ces deux art.s se distinguent d'une télédiffusion de point à multipoint en ce que l'œuvre est « directement » perceptible par un public présent alors que la simple possibilité de réception par un public suffit dans le cadre de l'application de l'art. 20 UrhG⁷⁶⁹. Par exemple, la diffusion de film dans les chambres d'un hôtel ne s'analyse pas sous l'angle de la *communication au moyen d'un enregistrement visuel ou sonore* au sens de l'art. 21 UrhG, mais relève bien du droit de télévision de point à multipoint au sens de l'art. 20 UrhG, puisque l'art. 21 UrhG suppose une perception concrète et non uniquement potentielle de l'œuvre⁷⁷⁰. Dans les chambres d'un hôtel cependant, la perception des œuvres diffusées, pour les clients utilisant une chambre, n'est que potentielle. De même, la diffusion de radio ou la télédiffusion d'émissions dans les chambres d'un hôtel ne relève pas de l'art. 22 UrhG mais bien d'une télédiffusion de point à multipoint au sens de l'art. 20 UrhG⁷⁷¹. La distinction entre l'art. 21 UrhG et l'art. 22 UrhG n'est pas toujours aisée. L'art. 21 UrhG concerne la communication au moyen d'un enregistrement visuel ou sonore⁷⁷², si bien que la diffusion de phonogrammes (en allemand, *Tonträger*) dans la salle d'attente d'un dentiste pourrait s'analyser à l'aune de ce droit⁷⁷³. Dans le cas de la *radiodiffusion* de phonogrammes ou de la *télédiffusion d'émissions* envers un public, une qualification par l'art. 22 UrhG semble plus appropriée⁷⁷⁴.

A la différence de la « transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée », prévue dans le CPI, la transmission dans le cadre de l'art. 22 UrhG ou de l'art. 21 UrhG ne s'effectue pas nécessairement dans un *lieu public*. Le cercle des personnes percevant l'œuvre doit néanmoins être rassemblé dans un même lieu⁷⁷⁵. En pratique néanmoins, les cas les plus fréquents d'application de l'art. 21 UrhG sont la communication de musique protégée par le biais de disques *vinyl*, de CDs, dans des lieux publics tel les restaurants, les magasins de disques, tout comme la communication de films dans les lobbys des hôtels ou dans les discothèques etc. Les cas d'application les plus fréquents de l'art. 22 UrhG sont également la radiodiffusion de phonogrammes dans les lieux publics tel les restaurants, les grands magasins,

⁷⁶⁹ « Vom Senderecht der §§ 20-20b unterscheiden sich §§ 21 und 22 dadurch, dass das Werk den Empfängern hier unmittelbar wahrnehmbar gemacht werden muss, wohingegen bei § 20 die bloße Empfangbarkeit ausreicht », Dreier in DREIER/SCHULZE/SPECHT 5. A, § 22, Rn. 1.

⁷⁷⁰ Dreier in DREIER/SCHULZE/SPECHT 5. A, § 21, Rn. 4.

⁷⁷¹ Dreier in DREIER/SCHULZE/SPECHT 5. A, § 22, Rn. 9.

⁷⁷² § 21 UrhG : « Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger ». Das Recht der Wiedergabe durch Bild- und Tonträger ist das Recht, Vorträge oder Aufführungen des Werkes mittels Bild- oder Tonträger öffentlich wahrnehmbar zu machen. § 19 abs. 3 gilt entsprechend ».

⁷⁷³ Voir par exemple Dreier in DREIER/SCHULZE/SPECHT 5. A, § 21, Rn. 4. Dans ce cas, il n'est pas question de « radiodiffusion de phonogrammes » mais uniquement de la diffusion, ou de la communication de phonogrammes (en allemand : *Tonträgerwiedergabe*).

⁷⁷⁴ § 22 UrhG : « Recht der Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung ». Das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und der Wiedergabe von öffentlicher Zugänglichmachung ist das Recht, Funksendungen und auf öffentlicher Zugänglichmachung beruhende Wiedergaben des Werkes durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen. § 19 abs. 3 gilt entsprechend.

⁷⁷⁵ Dreier in DREIER/SCHULZE/SPECHT 5. A, § 21, Rn. 7.

les lobbys des hôtels⁷⁷⁶. La rédaction des art.s 21 UrhG et 22 UrhG précise simplement que sa perception doit être publique⁷⁷⁷. La question n'est donc pas tant de savoir, si la salle d'attente d'un dentiste constitue un *lieu* public, mais plutôt si les patients d'un client constituent un public. La difficulté d'appréciation de l'existence d'un public dans la salle d'attente d'un dentiste tient alors au fait que le public, comme dans le cadre de l'exécution d'une œuvre dans un théâtre au sens de l'art. 19 UrhG doit *effectivement* percevoir les radiodiffusions de phonogrammes et doit donc être présent dans la salle d'attente.

Les articles 21 et 22 UrhG sont-ils harmonisés par la directive *InfoSoc* ? Le doute est possible. Comme le souligne Mme l'avocat général Kokott, l'art. 11 §1 iii/de la convention de Berne n'a pas explicitement été transposé par la directive *InfoSoc*⁷⁷⁸. En effet, aucune disposition de la directive *InfoSoc* ne prévoit de communication publique par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons, ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée. De plus, le considérant 23 de la directive *InfoSoc*⁷⁷⁹ dispose que le droit de communication au public doit s'entendre comme couvrant toute communication au public *non présent* au lieu d'origine de la communication. Dans ses conclusions générales⁷⁸⁰ relatives aux affaires dites *Football Association* et *Murphy*, Mme l'avocat général Kokott interprète l'art. 3 de la directive *InfoSoc* comme ne couvrant que la communication de l'œuvre qui trouve son origine dans un lieu où les membres du public ne sont pas présents⁷⁸¹. Or justement, lorsqu'un gérant de café-restaurant montre des émissions télévisées à ses clients sur un poste de télévision dans le café-restaurant, s'agissant de son acte, il y a lieu de considérer que le public pertinent se trouve au lieu où la communication trouve son origine. Or précisément, la communication trouve son origine sur l'écran⁷⁸², et le public est donc présent dans le café-restaurant, au lieu d'origine de la communication. Une telle interprétation du considérant 23 de la directive *InfoSoc* conduit à penser que l'art. 3 de la directive *InfoSoc* n'harmonise pas l'art. 22 de la loi sur le droit d'auteur allemand. La *CJUE* a une autre conception du lieu d'origine de la communication, et rappelle que les seules « représentations » non harmonisées par la directive *InfoSoc* sont les représentations et exécutions *directes*⁷⁸³ qui renvoient à la notion des représentations ou exécutions publiques. Par conséquent, l'art. 21 et 22 de la loi sur le droit d'auteur allemand est bien harmonisé par l'art. 3 de la directive *InfoSoc*⁷⁸⁴. Le droit international plaide en faveur d'une même interprétation de l'art. 8 de l'*OMPI*, de l'art. 11 de la convention de Berne et de l'art. 3 de la directive.

⁷⁷⁶ Voir par exemple, LG Frankfurt : ZUM 2004, 394, 396 ; OLG Frankfurt : ZUM 2005, 477 ; BGH : GRUR 2008, 693 – *TV Total*.

⁷⁷⁷ En allemand : *öffentlich wahrnehmbar*.

⁷⁷⁸ Conclusions de l'avocat général Mme Julian Kokott, présentées le 3 février 2011, concernant les affaires jointes C-403/08 et C-429/08, n°139 ci-après, « conclusions de Mme Kokott ».

⁷⁷⁹ Considérant 23 de la directive *InfoSoc* : « [...] Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fils, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte ».

⁷⁸⁰ Conclusions de l'avocat général Mme Julian Kokott, présentées le 3 février 2011, concernant les affaires jointes C-403/08 et C-429/08.

⁷⁸¹ Conclusions de Mme Kokott, n°143.

⁷⁸² Conclusions de Mme Kokott, n°144.

⁷⁸³ Voir à ce titre Arrêt *Circus Globus Bucuresti*.

⁷⁸⁴ Voir aussi, *Dreier* in DREIER/SCHULZE/SPECHT 5. A, § 21, Rn. 4.

2- Manque de cohérence en raison d'une appréciation différenciée des deux affaires

Malgré une réponse de la *CJUE* à propos de l'affaire *Reha-training*, le doute subsiste quant à la définition et à l'application des critères permettant de définir une communication au public. La question préjudicielle du tribunal de grande instance de Cologne était justifiée d'autant plus que la qualification juridique différente de la radiodiffusion dans une salle d'attente d'un dentiste et de la télédiffusion d'émissions protégées dans un centre de rééducation n'est pas pertinente⁷⁸⁵. Pourquoi une telle différence de traitement ?

Un parallèle avec l'affaire *Marco del Corso* permet de montrer que les critères dégagés dans le cadre de cet arrêt pourraient très bien s'appliquer à l'affaire *Reha-training* et inversement.

Premièrement, comme dans la salle d'attente d'un dentiste, on peut considérer que les patients d'un centre de rééducation ne constituent pas des personnes en général⁷⁸⁶, mais bien des personnes déterminées appartenant à un groupe privé. En effet, on peut très bien argumenter, comme cela a été fait par le tribunal de grande instance de Cologne, que seuls des personnes précises, c'est-à-dire victimes d'un accident, bénéficient d'un traitement postopératoire dans les locaux du centre de rééducation⁷⁸⁷. A l'inverse, on pourrait appliquer les critères développés par la *CJUE* dans le cadre de l'arrêt *Reha-training* à l'affaire *Marco del Corso*. Ainsi pourrait-on considérer que toute personne en général bénéficie d'un accès à la salle d'attente d'un dentiste, afin qu'elle puisse prendre un rendez-vous, par exemple⁷⁸⁸.

Deuxièmement, pourquoi considérer que le nombre de personnes est assez important dans un centre de rééducation, alors qu'il existe comme dans la salle d'attente d'un dentiste une rotation importante des patients ? La *CJUE* prenant en compte les effets cumulatifs qui résultent de la mise à disposition des œuvres auprès de destinataires potentiels c'est-à-dire le nombre de personnes ayant accès à la même œuvre parallèlement mais également successivement, permettant au final la prise en compte d'un nombre important de personnes dans la salle d'attente d'un cabinet dentaire, la différence factuelle avec le nombre de clients présents dans un hôtel ou un restaurant est difficilement compréhensible⁷⁸⁹.

Troisièmement, on pourrait très bien considérer que les patients d'un centre de rééducation, tout comme les patients d'un dentiste, ne sont pas réceptifs à l'égard de la diffusion des phonogrammes ou des émissions télévisées, puisque ces émissions sont diffusées dans les salles d'attentes et dans les salles d'exercices. En ce sens le tribunal de grande instance de Cologne souligne la contradiction de la jurisprudence *Marco del Corso* avec la jurisprudence relative aux hôtels, aux restaurants et aux établissements thermaux, tout comme avec l'arrêt *PPL* rendu par la même chambre le même jour. Selon le tribunal de grande instance de Cologne, il est inhérent aux radiodiffusions et à la diffusion d'émissions télévisées,

⁷⁸⁵ D. ETTIG/L. KAASE, *Hotelzimmer, Zahnarztpraxen und Reha-Einrichtungen – der Begriff der öffentlichen Wiedergabe*, K&R, 7/8/2016, p. 474 et s. (477).

⁷⁸⁶ Arrêt *Marco del Corso*, n°95 et n°85.

⁷⁸⁷ M. HOLZ, *Unterschiedliche Kriterien der öffentlichen Wiedergabe für Urheber- und Leistungsschutzrechte?*, Anmerkung zu LG Köln, Vorlagebeschluss vom 20. Februar 2015 – 14 S 30/14 : ZUM 2015, 546 (547).

⁷⁸⁸ Voir chapitre 1, section 1 de la thèse.

⁷⁸⁹ M. HOLZ, *Unterschiedliche Kriterien der öffentlichen Wiedergabe für Urheber- und Leistungsschutzrechte?*, Anmerkung zu LG Köln, Vorlagebeschluss vom 20. Februar 2015 – 14 S 30/14 : ZUM 2015, 546 (547).

que l'organisme de radiodiffusion ou la société émettrice précisent le déroulement temporel et l'ordre des émissions. Même dans le hall d'entrée d'un hôtel, on peut donc considérer que les clients ne sont pas spécialement réceptifs aux émissions télévisées, par exemple, puisqu'ils ne choisissent pas les émissions diffusées. Au contraire, tout comme dans un centre de rééducation, on peut également considérer que la radiodiffusion de phonogrammes dans la salle d'attente d'un dentiste relève d'une prestation de service, puisque l'ambiance dans les locaux du cabinet dentaire y est améliorée. La distinction opérée par la *CJUE* entre la salle d'attente d'un cabinet dentaire et la salle d'attente d'un centre de rééducation pour des personnes victimes d'un accident est infondée d'un point de vue dogmatique.

Ces quelques exemples montrent que le doute est permis quant au fait de savoir, si les critères développés par la *CJUE* sont adaptés et appropriés en vue de caractériser un acte d'utilisation d'une œuvre, de communication au public. D'une part, l'application des critères est discutable voire même aléatoire. D'autre part, le recours au critère même de « caractère lucratif » ne permet pas de « corriger » sans ambiguïté la qualification juridique obtenue en recourant au critère de la « communication » à destination du « public »⁷⁹⁰. En aucun cas, la jurisprudence de la *CJUE* n'apporte une plus grande sécurité juridique quand à la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre. Ces mêmes incertitudes se traduisent à présent en droit national. Quels sont les utilisateurs exonérés du paiement pour le compte des ayants droit d'une rémunération au titre des diffusions de phonogrammes ? Les médecins sont-ils exonérés tout comme les dentistes ? Nul ne le sait. Les mêmes questions déjà posées après l'arrêt *Marco del Corso* restent en suspens. Il semble néanmoins que l'arrêt *Marco del Corso* soit d'application restrictive : seuls les dentistes semblent exonérés. Tel est la réception actuelle de la jurisprudence de la *CJUE* en Allemagne, l'arrêt *Reha-training* n'ayant pas encore été réceptionné par le tribunal de grande instance de Cologne. On ne peut que regretter le manque de cohérence de la jurisprudence de la *CJUE* et constater que de nombreuses confusions persistent dans le milieu médical, puisque certaines revues spécialisées déclarent que les médecins ne doivent pas payer de frais à la société de gestion collective *GEMA*, ce qui ne semble pas exact puisqu'il se trouve que la portée de l'arrêt *Marco del Corso* est très restrictive⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ D. ETTIG/L. KAASE, *Hotelzimmer, Zahnarztpraxen und Reha-Einrichtungen – der Begriff der öffentlichen Wiedergabe* : K&R, 7/8/2016, p. 474 et s. (477).

⁷⁹¹ « Ärzte müssen für Radio keine Gema-Gebühren zahlen » voir par exemple, <https://www.welt.de/regionales/nrw/article142753778/Aerzte-muessen-fuer-Radio-keine-Gema-Gebuehren-zahlen.html>, ou http://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/recht/article/888681/radio-wartezimmer-aerzte-muessen-keine-gema-gebuehren-zahlen.html

Conclusion du chapitre I

En un peu moins de dix ans, la *CJUE* a élaboré son concept du droit de communication au public, érigé dès l'arrêt *SGAE* comme une notion autonome du droit de l'Union. Il n'est pas simple de présenter de manière synthétique ce concept de communication au public, tant il est complexe et mouvant au grès des arrêts. En effet, l'analyse des arrêts de la *CJUE*, montre que de très nombreux critères sont utilisés pour décrire une communication au public. La *CJUE* applique des critères « individualisés » que l'on pourrait qualifier de flottants, avec une intensité très variable. Il semble que la Cour apprécie chaque situation selon le cas d'espèce. Cela pose deux problèmes.

Premièrement, on mesure le risque d'arbitraire que recèle l'extrême plasticité du système mis en place par la *CJUE*. En effet, l'appréciation individualisée offre à la *CJUE*, à l'occasion de chaque affaire, de puiser parmi les critères qu'elle a élaboré afin d'en faire varier l'importance et de les adapter selon les circonstances de fait pour parvenir au résultat souhaité ! Ainsi, la *CJUE* affirme se prononcer qu'au regard de la situation d'un utilisateur précis, tel un « cabinet dentaire » précis ou « un centre de rééducation tel que celui en cause au principal » etc. Alors même que la Cour semble accorder de l'importance à une appréciation *in concreto* d'une situation donnée, elle ne donne que peu de précisions factuelles. La solution et l'argumentation proposée par la *CJUE* dans le cadre de l'affaire *Marco del Corso* est-elle transposable à un cabinet médical ou à un centre de rééducation ? Tel ne semble pas être le cas pour les centres de rééducation, puisque l'arrêt *Reha Training* propose une solution concrète bien différente de la solution contestable proposée dans l'arrêt *Marco del Corso*, qui ne reconnaît pas la nécessité pour un dentiste de payer une rémunération équitable au titre de la communication au public. S'agit-il d'apprécier au cas par cas ou par catégorie ? L'approche adoptée par la *CJUE* est source de confusion. La situation juridique apparaît comme très incertaine. Il en résulte une forte incitation pour les juridictions nationales allemandes et françaises à poser toujours plus de questions préjudicielles.

Deuxièmement, l'analyse des différents arrêts permet de mesurer l'ampleur des ajouts effectués par la *CJUE*, une construction qui va bien au-delà d'une simple interprétation de la directive. La *CJUE* est bien créatrice de droit sur la base de concepts étrangers à la directive 2001/29 ainsi qu'à la directive 2006/115 concernant le droit de communication au public dans le domaine des droits voisins, voir même à l'ensemble des traités internationaux régissant la question. A ce sujet, on peut même oser parler d'une « européanisation des textes internationaux ». En raison de l'absence de validation par le législateur européen, cette construction prétorienne de la *CJUE* pose un problème de légitimité, auquel le dernier chapitre de cette thèse va tenter d'apporter des solutions.

CHAPITRE II- Notion de communication au public dans un contexte *en ligne*

Les développements suivants présentent et analysent la notion autonome de « communication au public » dans un contexte *online*, en droit allemand, français et européen (Section 1), et envisagent la réception de la jurisprudence de la *CJUE* en droit national (Section 2).

Section 1- Evolution du droit allemand, français et européen

Les développements précédents ont déjà permis de montrer que le droit d'auteur allemand avait explicitement intégré un „droit de mise à disposition“ à l'art. 19 a UrhG, afin précisément d'adapter de manière plus conséquente le droit de communication au public à un contexte en ligne. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que rien ne spécifie dans la loi allemande que l'art. 19 a UrhG ne s'applique que dans un contexte en ligne. De plus, il faut souligner que la télédiffusion de point à multipoint prévue à l'art. 20 UrhG recouvre également des exploitations d'oeuvres dans un contexte en ligne. En France, la notion de „mise à disposition“ est ambiguë et n'est pas explicitement mentionnée à l'art. L.122-2 du CPI. Il est donc nécessaire de distinguer en langue français la „mise à disposition“ au sens technique du terme et la „mise à disposition“ au sens juridique du terme, c'est-à-dire au sens de l'art. 3 de la directive InfoSoc⁷⁹². On peut noter que la *CJUE* n'a, à ce jour, pas donné de définition de la notion de „droit de mettre à disposition“ et n'emploie jamais cette terminologie de manière isolée, sans citer en même temps le droit de communication d'oeuvres au public.

L'arrêt *ITV-Broadcasting* avait été l'une des premières occasions pour la *CJUE* d'interpréter la notion de communication au public dans un contexte *online*. L'articulation proposée dans cette décision entre la prise en compte d'un „mode technique spécifique“ et l'atteinte d'un „public nouveau“ étonne. D'autres décisions, liées à la qualification juridique de la pose d'hyperliens appréciée à l'aune du droit de communication dans un contexte en ligne, semblent limiter l'exigence du critère de „public nouveau“ au même „mode technique spécifique“. Bien que ne se limitant pas à l'analyse de la jurisprudence *Svensson*, *Bestwater* et *Sanoma* (ou *GS Media*), les développements du chapitre II sont toutefois principalement consacrés à l'analyse de la jurisprudence de la *CJUE* en matière d'hyperliens, foisonnante et pleine de rebondissements.

C'est pourquoi les développements suivants envisagent, dans un premier temps, la notion de communication au public dans un contexte en ligne en France et en Allemagne, en accordant une attention toute particulière à la jurisprudence propre à la qualification juridique d'un lien hypertexte (§ 1). Le deuxième paragraphe décrit et apprécie l'évolution de la jurisprudence de la *CJUE* en matière d'hyperliens, interprétant ainsi la notion de communication au public dans un contexte en ligne (§ 2).

⁷⁹² Voir notamment, *Rapport et avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur internet*, adopté à l'unanimité par le comité exécutif le 16 septembre 2013.

§ 1- Notion de communication au public dans un contexte *online* en France et en Allemagne

La notion de communication au public dans un contexte online et, plus particulièrement, la qualification juridique de la pose d'un lien sera tour à tour appréciée à la lumière du droit français (A) et du droit allemand (B).

A- Appréciation en droit français

La question de savoir, si le fait de créer un « hyperlien » ou un lien « hypertexte » pointant d'un site *internet* à un autre est un acte de représentation publique ou de « communication au public » (selon la terminologie de la directive *InfoSoc*) a été discutée en doctrine depuis la fin des années 90 sans qu'elle n'ait été depuis tranchée clairement, ni par la loi française, ni par la jurisprudence. Deux pôles s'opposent. Pour certains, soutenant une approche *technique* de l'acte, celui qui crée le lien facilite certes la communication au public, mais n'accomplit aucun acte matériel susceptible d'être incriminé au titre du droit d'auteur⁷⁹³. Dans ce cas, la pose d'un hyperlien ne relève pas du champ d'application du droit d'auteur et ne permet qu'une „mise à disposition“ d'une oeuvre au sens matériel du terme⁷⁹⁴. La pose d'un lien ne constitue alors qu'un simple „outil de cheminement“ excluant toute qualification juridique relevant d'un droit exclusif⁷⁹⁵. Pour d'autres au contraire, retenant une approche plus *fonctionnelle*, plus « intellectuelle »⁷⁹⁶ de l'acte voir même plus *économique*, puisque le lien permet de « capter la valeur » d'une oeuvre, la pose d'un lien relève du champ d'application du droit d'auteur et s'analyse comme l'exploitation d'une oeuvre. La réponse ne s'impose pas d'évidence, car les situations de faits varient et les rédacteurs de la directive *InfoSoc* ont omis d'en parler.

⁷⁹³ Voir en ce sens concernant la doctrine française : X. LINANT DE BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2004, n°428 ; C. CARON, n°315 ; M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, n°512. *Contra* : F. SARDAIN, *La contrefaçon du fait des liens hypertextes* : CCE, juin 2005, étude 21, p. 9. A l'échelle européenne, voir surtout, l'opinion de la *European Copyright Society*, du 15 février 2013, Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*.

⁷⁹⁴ TGI, Paris, 3^e ch. 18 juin 2010 : Expertises août-sept. 2010, p. 315 ; I.SOSKIN, *Contenus en ligne, Liens hypertextes et acte de communication au public*, Expertises août-sept. 2010, p. 311 ; A. SINGH, Ch. BABELON, *Les liens profonds à l'épreuve du droit de représentation*, RLDI, août-sept. 2010, n°63, p.6 ; RLDI août-sept.2010, n°63, *Liens hypertextes et mise à la disposition du public de programmes de télévision*, p. 36, obs. L. COSTES ; Voir aussi par exemple, TGI Nanterre, 1^{re} ch., 25 mars 2010 : RLDI mai 2010, n°60, *Lien hypertexte et contrefaçon de logiciel*, p. 26, obs. M. T. ; TGI Nancy, pôle civil, sect. 1^{re} civ., 6 déc. 2010, *Le Bien Public, Les journaux de Saône-et-Loire et le Bien Public c/ Dijonscope* : Expertises mars 2011, p.114 et p. 88 (présentation) ; RLDI mars 2011, n°69, p.19, obs. M.T.

⁷⁹⁵ Pour une approche détaillée, voir à ce sujet, le rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), au sujet du *référencement des oeuvres sur internet*, du 9 juillet 2012, mission confiée à V.-L. BENABOU, J. FARCHY, C. MEADEL, p. 36 à 40.

⁷⁹⁶ Vocabulaire employé par V. VARET, *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes*, in : *Chroniques et opinions* : Légipresse, n°196, novembre 2012, p. 139 (p. 143). Cela fait d'ailleurs pensée à l'approche retenue dans le cadre de l'arrêt *Rannougraphie*, Civ. 1^{re}, 7 mars 1984, Bull. Civ. I, n°90, lorsqu'il s'agissait de déterminer le copiste. Y-a-t-il un retour en force de l'élément *intentionnel* ?

En France, plusieurs décisions furent prises dans un sens favorable à la qualification de communication au public, tout particulièrement lorsque des sites de liens pointent vers des contenus illicites.

Les solutions jurisprudentielles⁷⁹⁷ consistent alors à assimiler de tels liens à des actes de contrefaçon par fourniture de moyens⁷⁹⁸, sans nécessairement s'arrêter sur la qualification précise du lien. Cinq affaires peuvent être citées à titre d'illustration.

Dans une première affaire, le tribunal de grande instance d'Epinal⁷⁹⁹ statuant au pénal a condamné pour contrefaçon de phonogrammes un virtuose des hyperliens. Ce dernier avait placé sur son site plusieurs liens qui permettaient d'accéder à des fichiers musicaux illicites présentés sous le format MP3⁸⁰⁰. Une deuxième affaire datant de 2003 a permis au tribunal de grande instance de Paris de souligner que le « fait de rendre accessibles des œuvres contrefaisantes au moyen de liens hypertexte, est [...] constitutif de contrefaçon, car en l'absence de liens hypertextes [...], les visiteurs des sites en cause n'auraient jamais pu prendre connaissance des (œuvres) »⁸⁰¹. On rapprochera de ces affaires un arrêt de la CA de Paris⁸⁰², regardant la pratique du « typosquatting » (forme de « cybersquattage » qui consiste à acheter certains noms de domaine proches du nom d'un site notoire, afin que l'utilisateur ayant commis une faute de frappe ou d'orthographe involontaire, soit automatiquement dirigé vers le site « cybersquatteur ») comme une contrefaçon du site *internet* dont le flux est ainsi détourné. Dans le même sens, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2011⁸⁰³, rendu dans le cadre d'une troisième affaire a estimé, à propos d'un groupe de liens pointant vers des sites où se trouvent des œuvres contrefaisantes, que « s'il ne contenait aucune reproduction des fichiers protégés, proposait cependant des liens permettant le téléchargement de films ou de musique dans les meilleurs conditions de qualité et de réactualisation ; que la mise à disposition de tels liens permettant d'accéder à des fichiers contenant des œuvres contrefaisantes ou à des pages de sites *internet* contenant ces liens ou encore à des moteurs de recherche permettant d'accéder à ces liens, constitue un acte illicite de contrefaçon par représentation de ces œuvres ». Par ailleurs, la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 février 2012⁸⁰⁴ (quatrième affaire) a considéré que la cour d'appel, qui avait jugé que l'administrateur d'un site répertoriant des liens permettant d'accéder à des fichiers contenant des œuvres contrefaisantes commettait le délit de contrefaçon par représentation, avait « caractérisé en tous les éléments, tant matériels qu'intentionnels, les délits dont elle a déclaré le prévenu coupable ».

L'argumentation est un peu différente dans la cinquième affaire, dite „l'affaire *Métropole*“. En l'espèce, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de

⁷⁹⁷ V. par exemple, TGI Saint-Etienne, 6 déc. 1999, Chron. *Droit de l'internet* : JCP E 2000, p.1902, n°15, obs. J.-M. Bruguière : RIDA 2000, n°184, p.389, obs. A. KEREVER.

⁷⁹⁸ S. DORMONT, *La liberté de créer un lien hypertexte*, commentaire de l'arrêt *CJUE*, 13 février 2014, *Svensson c/ Retriever Sverige AB* : PI juill. 2014, n°52, p. 234 s. Peut-être serait-il néanmoins plus juste de parler uniquement de « complicité de contrefaçon ».

⁷⁹⁹ TGI Epinal, ch. corr., 24 octobre 2000, MP et SSCP c/Conraud.

⁸⁰⁰ Ch. CARON, *Nouvelle rencontre du contrefacteur, de l'hyperlien et du fichier MP3*, (note) : CCE, déc. 2000, Commentaires n°125, p. 19.

⁸⁰¹ Voir TGI Paris, 3^e ch., 4 mars 2003 : Expertises 2003, p.192.

⁸⁰² CA Paris, 1^{re} ch., 30 nov. 2011, n°09/17146 : LEPI avr. 2012, n°56, obs. C. BERNAULT ; A. LUCAS, *Droits patrimoniaux*, Chronique : PI, janv. 2013, n°46, p. 55 (56).

⁸⁰³ CA Paris, pôle 5-13, 1^{er} juill. 2011: *Juris-Data* n°017963.

⁸⁰⁴ Cour de cassation, Crim., 21 février 2012, n° pourvoi 11-80738.

Paris⁸⁰⁵ ayant débouté la société *Métropole Télévision*, qui exploite les chaînes M6 et W9, de l'action intentée contre la société *SBDS*, éditrice du site *Totalvod*, qui répertorie et met à la disposition du public les programmes de chaînes françaises disponibles en télévision dite de « rattrapage » sur le site « tv-replay.fr »⁸⁰⁶. L'un des problèmes posé était de savoir si le fait de pointer un lien vers un site rendant accessible des œuvres protégées peut constituer un acte de représentation au sens de l'art. L.122-2 du *CPI*. Alors que l'on reviendra sur les arguments soulevés par les premiers juges du *TGI*⁸⁰⁷ ayant clairement répondu par la négative à la question, le pourvoi tente de faire valoir qu'un lien hypertexte profond constitue une mise à disposition du public des œuvres. En effet, le pourvoi faisait valoir que le fait pour le site *internet* <tv-replay.fr> de permettre à ses internautes d'accéder directement au visionnage des œuvres de télévision de rattrapage diffusées par les sites <M6.replay.fr> et <W9.replay.fr>, au moyen d'un lien hypertexte profond renvoyant directement aux pages internes de ceux-ci, constituait une mise à disposition du public de ces œuvres par la société *SBDS*. La Cour de cassation répond que le moyen est inopérant, en cette branche, car la « cour d'appel n'a pas statué sur l'atteinte alléguée au droit de représentation des œuvres » ! Il est regrettable que le débat ait tourné court, car en France comme en Allemagne, la question de la qualification juridique des hyperliens divise les juges du fond.

Jusqu'à ce jour, les juridictions françaises n'ont pas réceptionnées la jurisprudence la *CJUE* quant à la qualification juridique d'un *lien profond* ou d'un lien par *transclusion* ou *framing* en matière de droit d'auteur⁸⁰⁸. Une partie de la doctrine soutient néanmoins la possibilité de qualifier de « mise à disposition au public » un lien qui renvoie automatiquement (sans que l'internaute n' « ait à cliquer ») à une œuvre, nécessitant alors l'autorisation de l'auteur⁸⁰⁹. Certains auteurs ont même jugé que la distinction entre un lien profond et un lien de surface était intéressante⁸¹⁰. Cette différenciation « technique » n'a cependant pas été retenue par la Cour de justice de l'Union européenne, puisqu'elle précise dans l'arrêt *Svensson* ayant pour objet des hyperliens, « qu'une telle constatation ne saurait être remise en cause si la juridiction de renvoi devait constater [...] que lorsque les internautes cliquent sur le lien en cause, l'œuvre apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site »⁸¹¹ (*c'est-à-dire* un lien en *transclusion*, un lien *frame*).

On pourrait également soutenir que le créateur du lien hypertexte vers une ressource protégée par le droit d'auteur est le responsable « intellectuel » des représentations qui suivront et commet une contrefaçon par « fourniture de moyens » s'il n'a pas obtenu d'autorisation. Pour M. Varet, ce raisonnement a d'autant plus de chance d'être suivi que le lien en cause est un lien d'insertion ou un *frame*, car ces derniers sont de nature à tromper l'internaute sur la provenance de la ressource⁸¹². Il s'agit alors de stigmatiser l'intention du

⁸⁰⁵ CA Paris, 1^{re} ch., 27 avr. 2011 : RLDI juin 2011, n°72, p.25 obs. L. COSTES ; La semaine juridique, entreprise et affaires, n°34, 25 août 2011, p. 43, obs. FI. CHERIGNY.

⁸⁰⁶ Cass. 1^{re} Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n°11-20480, *Sté Métropole Télévision et autres c/ Sté SBDS Active* : PI, janv. 2013, n°46, p. 55, note de A. LUCAS.

⁸⁰⁷ TGI Paris, 3^e ch. 18 juin 2010.

⁸⁰⁸ En matière de droits voisins, voir CA de Paris (pôle 5, ch. 1), 2 février 2016, n°14/20444, *SAS Playmédia c/ SA France Télévisions*.

⁸⁰⁹ A. SINGH, C. BEBELON, *Les liens profonds à l'épreuve du droit de représentation* : RLDI 2010/65, 2128.

⁸¹⁰ Jugeant cette distinction intéressante : A. STROWEL et N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et questions des hyperliens* : RIDA 4/2000, p. 3-153, (173).

⁸¹¹ Arrêt *Svensson*, arrêt 29.

⁸¹² V. VARET, *Les risques juridique en matière de liens hypertextes*, Chroniques et opinions : Légipresse, n°196, Novembre 2002, p. 139 (143).

créateur du lien : le droit d'auteur devient l'outil permettant de sanctionner un comportement perçu comme fautif !⁸¹³

En ce sens, une décision rendue le 12 juillet 2012 à propos du service *Google Suggest*⁸¹⁴, la Cour de cassation a indiqué que « le service de communication au public en ligne des sociétés *Google* orientait systématiquement les internautes, par l'apparition des mots clefs suggérés en fonction du nombre de requêtes, vers des sites comportant des enregistrements mis à la disposition du public sans l'autorisation des artistes interprètes ou des producteurs de phonogrammes, de sorte que ce service offrait *les moyens* de porter atteinte aux droits des auteurs ou aux droits voisins ». La sanction de la contrefaçon est donc susceptible de s'appliquer envers celui qui offre des liens vers des sites où se trouve des contenus contrefaisants. Généralement, les décisions françaises reconnaissent une contrefaçon dans les situations dans lesquelles le site pointeur vise intentionnellement un site ou des fichiers réalisant une contrefaçon d'oeuvres. Néanmoins, la Cour de cassation substitue parfois la prise en compte de l'élément intentionnel du site pointeur par une appréciation plus économique des faits, comme c'est le cas dans les arrêts *Google Vidéos*. Les différentes procédures ont été engagées à l'époque où le service *Google Vidéos* était à la fois un moteur de recherche et un site de partage de vidéos. Depuis 2011, cependant, *Google Vidéos* n'est qu'un service d'indexation et de référencement, sans activité de stockage. La Cour de cassation⁸¹⁵ avait suivi l'analyse de la cour d'appel⁸¹⁶ et retenu la responsabilité de la société *Google* qui offrait aux internautes la possibilité, à partir des liens vers les autres sites, de visionner des films sur leur propre site *Google Vidéo France*. En l'espèce, la Cour de cassation a jugé que *Google* mettait en œuvre une « fonction active » permettant de *s'accaparer* le contenu stocké sur des sites tiers afin d'en effectuer la représentation directe sur leurs pages à l'intention de leurs propres clients. Par conséquent, *Google* va au-delà d'un rôle simplement technique et son acte réalisé sans l'autorisation des titulaires de droits, caractérise une contrefaçon.

Dans une autre affaire dénommée „l'affaire *Au-féminin.com*“, la Cour d'appel de Paris⁸¹⁷ recherche si *Google* peut se prévaloir de la qualité d'hébergeur et donc de la limitation de responsabilité prévue par la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN), en ce qui concerne son activité de référencement des images. Le processus étant entièrement automatisé, la cour d'appel de Paris en conclut que *Google* n'exerce aucun contrôle actif sur les contenus indexés. Il est intéressant de noter que la Cour d'appel refuse de prendre en compte le fait que les utilisateurs/internautes ont la possibilité de visionner et de télécharger une photographie litigieuse directement sur le site de *Google Images*. On ne voit pas très bien ce qui, sur le plan juridique, justifie la différence de traitement entre *Google Images* et *Google Vidéos*, mais il est évident que des considérations d'opportunité ont prévalu dans l'affaire *Google Image*. Puisque le régime spécifique de responsabilité consacré par la directive E-

⁸¹³ Or généralement, lorsque l'élément matériel de la contrefaçon est caractérisé, la jurisprudence considère l'élément intentionnel comme indifférent, en refusant justement d'exonérer le contrefacteur à raison de sa bonne foi. Voir à ce sujet : P.-Y. GAUTIER, *L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil en contrefaçon* : PI, n°3, avr. 2002, p. 28.

⁸¹⁴ Cour de cassation, 1^{ère} civ, 12 juillet 2012, n°832 (11-20.358) *SNEP/Google*.

⁸¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, Bull. civ. I, n°166 ; D. 2012, p.2075, note C. CASTETS-RENARD ; D. 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI ; Voir aussi, la réponse du groupe français au questionnaire pour le congrès de l'ALAI 2015 à Bonn, sur le thème de *la rémunération de l'utilisation des œuvres, exclusivité c. autres approches*, Réponses de N. BINCTION, relatives aux questions quant à l'étendue et à la mise en œuvre des droits exclusifs en droit positif, p. 2.

⁸¹⁶ Voir CA, Paris 14.01.2011, RG n°09/11729, 09/113737, 09/11739, 09/11779, sur www.legalis.net; A. LUCAS-SCHLOETTER, *Google face à la justice française et belge, nouvelles décisions en matière de droit d'auteur*, JIPiTEC (2), 2011, p. 144-151(145).

⁸¹⁷ CA, Paris 04.02.2011, *Google c. Au-féminin.com* et al., RG n°09/21941.

Commerce et la LCEN, subordonne l'exonération de l'hébergeur à la condition que ce dernier (ici Google) n'ait pas eu connaissance du caractère illicite des contenus stockés ou ait agi promptement pour les retirer une fois l'illicéité notifiée, Google n'ait pas autorisé à maintenir l'indexation d'images dont le caractère contrefaisant lui aurait été notifié. Il incombe donc à Google de prendre des mesures nécessaires pour en assurer le retrait et pour empêcher que les images soient à nouveau mises en ligne. Par conséquent, Google est condamné pour contrefaçon sur le fondement de la propriété intellectuelle.

Ainsi, dès lors que le lien renvoi à une œuvre contrefaisante, il semble clair, en France, que la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperlien peut être engagée⁸¹⁸. Le droit d'auteur allemand connaît-il une solution similaire?

B- Appréciation en droit allemand

La qualification juridique de l'établissement de liens simples de surface et de liens profonds (1) précèdera la qualification juridique de l'établissement de liens incorporés (2) en droit allemand.

1- Qualification juridique de l'établissement de liens simples de surface et de liens profonds (hyperliens)

La Cour fédérale s'est déjà prononcée sur le fait que la mise à disposition d'une œuvre sur un site *web*, nécessite une mise à disposition *effective* de cette œuvre envers un public potentiel⁸¹⁹. Faciliter l'accès à une œuvre donnée n'entraîne donc pas l'application du droit de « mise à disposition » au sens de l'art. 19 a UrhG. Dans la célèbre décision *Paperboy*⁸²⁰, la Cour fédérale avait rejeté l'atteinte au droit de mise à disposition au public d'un éditeur de presse, alors même qu'un lien profond mis en place par une personne tiers, permettait de contourner la page d'accueil du site de l'éditeur⁸²¹. L'argumentation repose sur une analogie entre la pose d'un lien, et la mise en place d'une note de bas-de-page dans une œuvre littéraire, constituant un simple renvoi à une œuvre déjà mise à la disposition du public et à laquelle l'accès est seulement facilité. Par conséquent, le BGH estime que le fait de renvoyer à un autre site sur lequel figure des œuvres protégées n'est pas constitutif d'une mise à disposition au sens de l'art. 19a UrhG. On peut noter que la cette décision reçu un accueil contrastée de par la doctrine allemande. D'une part, contrairement aux notes de bas-de-page, la pose d'un lien ne donne pas uniquement des renseignements quant à la localisation d'une information donnée,

⁸¹⁸ Voir notamment : Th. VERBIEST, E. WERY, *La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés* : Légipresse, n°181, Mai 2001, p. 49 et s. ; Th. VERBIEST, *Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites web ?* : Expertises, juillet 2000, doctrine, p. 224 ; J. LARRIEU, *Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité* : Expertises, juillet 2001, p. 257 et s. A. STROWEL, N.IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, juill. 2000, n°185, p. 3-157.

⁸¹⁹ Voir à ce sujet notamment, *internet-Videorecorder I*, BGH : GRUR 2009, 845, n° 27; *Vorschaubilder I* : GRUR 2010, 628, n° 19; *Kunstaustellung im Online-Archiv* : ZUM-RD 2011, 296, 297.

⁸²⁰ BGH, 17 juill. 2013, I ZR 259/00, *Paperboy* : GRUR 2003, 958. Pour une analyse voir : S. OTT, *Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Framing nach der BGH-Entscheidung im Fall « Paperboy »* : ZUM 2004, 357.

⁸²¹ Pour une analyse plus détaillée des faits, voir S. FUCHS, Th. FARKAS, *Kann der CJUE dem Paperboy das (Best)Water reichen ?* : ZUM 2015, 110 (111).

mais permet bien plus de pointer voir même de réaliser une « reproduction » des œuvres en question. D'un point de vue technique, une note de bas-de-page faisant référence à une œuvre, n'est pas comparable à la pose d'un lien vers une œuvre. De plus, le site *web* tiers est totalement intégré à l'offre du premier site, et le cercle des utilisateurs est agrandi. Par conséquent, quelques auteurs allemands⁸²² désapprouvent la décision *Paperboy* et souhaite la reconnaissance d'une atteinte au droit de « mise à disposition ». D'autres auteurs allemands ont au contraire accueilli favorablement la décision de la Cour fédérale, en soulignant la spécificité technique d'un lien, ne permettant qu'un simple renvoi à une œuvre déjà mise à la disposition du public. En effet, seul la personne ayant mis en place les œuvres sur le site auquel l'hyperlien fait référence peut décider du maintien *online* de l'œuvre en question. De plus une telle approche présente l'avantage de dynamiser l'échange effectif d'informations par le biais d'*internet* en évitant de greffer à la pose d'un lien, une insécurité juridique liée à l'atteinte d'un droit d'auteur. Par ailleurs, en l'absence de l'utilisation de mesures techniques par le titulaire de droit, le consentement de ce dernier est supposé⁸²³.

En revanche, il ne fait pas de doute que la pose d'un lien profond est contrefaisante en Allemagne, lorsqu'elle s'accompagne d'un contournement des mesures techniques de protection mise en place par le titulaire des droits d'auteur pour ne permettre l'accès du public aux œuvres protégées qu'en passant par la page d'accueil du site. Tel était le cas dans l'affaire *Session-ID*⁸²⁴, qui opposait l'exploitant d'un site proposant des plans de ville à un agent immobilier dont les offres de location contenaient un lien profond renvoyant directement à l'extrait du plan du demandeur correspondant à la localisation de l'appartement concerné⁸²⁵. La contrefaçon est caractérisée dès lors que la pose du lien est associée au contournement de mesures techniques de protection, sans qu'il soit nécessaire que ces dernières soient « efficaces » au sens de l'art. 95 a UrhG⁸²⁶. Selon la Cour, il suffit que la mise en place de mesure de protection laisse transparaître la volonté du titulaire de n'autoriser l'accès aux œuvres protégées que d'une certaine façon, en l'occurrence, en passant par la page d'accueil.

2- Qualification juridique de l'établissement de liens « incorporés » (*framing*).

L'argumentation développée à propos de la pose d'un lien peut-elle être transposée à la la pose de liens « incorporés », de liens cadre (*frame*) incorporant une page *web* d'un autre site au sein de son propre site, tout en donnant à l'internaute l'impression de continuer la navigation au sein du site initial ?

⁸²² A. WIEBE : MMR 2003, 724 ; S. OTT, *Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Framing nach der BGH-Entscheidung im Fall « Paperboy »* : ZUM 2004, 357, 364.

⁸²³ Th. HOEREN : GRUR 2004, 1, 2 ; G. NOLTE : ZUM 2003, 540, 542, 545. *Contrat*, S. OTT, *ibid.* : ZUM 2004, 357, 366 : Il y absence de consentement de l'auteur, dès lors que ses intérêts économiques sont compromis.

⁸²⁴ BGH, 29 avr. 2010, I ZR 39/08, *Session-ID* : GRUR 2011, 56.

⁸²⁵ Pour une analyse plus détaillée des faits, voir M. SLOWIÖCZEK, *Embedded Content und Urheberrecht – aktuelle Rechtsprechung und Haftungsfragen*, in : *Big Data & Co, Neue Herausforderungen für das Informationsrecht*, J. Taeger (éd.), Tagungsband Herbstakademie 2014, OLWIR, Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht, 2014, p. 253 et s.

⁸²⁶ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit d'auteur*, Lettre d'Allemagne : PI, oct. 2012, n°45, p. 485 s.

En 2007, le tribunal de grande instance de Munich⁸²⁷ a jugé que la décision *Paperboy* ne pouvait être transposée à des cas de liens incorporés, à des cas de *framing*. En effet, la reconnaissance d'une « mise à disposition » ne nécessite pas de la part de l'utilisateur de l'œuvre un « contrôle » de l'œuvre (en allemand, *Tasächliche Herrschaft*) auquel le lien fait référence. Grammaticalement, un tel contrôle de l'œuvre n'est pas mentionné dans le texte de la loi. Une interprétation téléologique fait cependant douter d'une telle interprétation : un droit d'exploitation tel qu'il est prévu à l'art. 19a UrhG se distingue d'un simple droit à rémunération en ce qu'il permet justement à son titulaire de bénéficier d'un contrôle sur une œuvre. En absence de contrôle, il n'y a pas non plus atteinte au droit d'exploitation de « mise à disposition ». Le tribunal allemand fonde son argumentation sur le fait que le considérant 23 de la directive *InfoSoc* prévoit explicitement que l'art. 3 al.1 de la directive *InfoSoc* peut ne s'entendre que dans le sens d'une « transmission » ou d'une « retransmission », une terminologie qui semble devoir être distinguée de la notion de communication. Par conséquent, la pose d'un lien « incorporé » peut très bien s'analyser comme portant atteinte à un droit exclusif d'exploitation sous forme incorporelle. De plus, le lien étant « incorporé », l'internaute non avisé (en allemand, *der durchschnittliche User*) ne peut se fier à son impression générale, et méconnaîtra le caractère étranger du contenu. C'est pourquoi, on peut considérer que le contenu lié a été « approprié » (en allemand, *zu eigen gemacht*) et cet acte porte donc atteinte au droit de « mise à disposition » au sens de l'art. 19a UrhG.

Cette même qualification juridique sera retenue par la Cour d'appel de Düsseldorf fin 2011⁸²⁸. L'argumentation développée par la Cour est là encore économique et cette argumentation fera l'objet de plus amples développements dans la deuxième partie de la thèse. La Cour retient que le lien incorporé permet au poseur de liens⁸²⁹ d'offrir une œuvre protégée dans un certain écrin « commercial », sur un site *web* par exemple, dont le financement est assuré par des spots publicitaires. L'internaute utilisateur en cliquant sur le lien est alors détourné de l'écran proposé par le titulaire des droits. En 2012, néanmoins, la Cour d'appel a jugé que la pose d'un lien ne constitue pas une mise à disposition, dès lors que le site lieur fait référence au caractère étranger du contenu lié protégé⁸³⁰. Six mois plus tard, la même cour jugea de manière plus clémente encore vis-à-vis du poseur de liens, que seul la personne mettant une œuvre à disposition du public réalise un acte d'exploitation de l'œuvre, alors que le poseur de liens ne facilite que l'accès à l'œuvre⁸³¹.

On le voit, la jurisprudence allemande liée à la qualification juridique de l'acte consistant à poser un lien manque de cohérence. C'est pourquoi, la Cour fédérale allemande a été amené à poser une question préjudicielle dans l'affaire *Bestwater* ou *die Realität*.

La technique de la « transclusion » ou du *framing*, fait-elle l'objet d'un acte d'utilisation d'une œuvre, pouvant être qualifié d'exploitation sous forme incorporelle, ou de communication au public ? En l'espèce la SARL *Bestwater* avait introduit une action devant les juridictions allemandes, en vue d'obtenir la cessation de la diffusion du film sur la pollution des eaux utilisant cette technique et avait réclamé des dommages et intérêts aux deux agents commerciaux, qui selon elle, avaient mis le film qu'elle avait produit, et dont elle détenait les

⁸²⁷ LG München I ZUM 2007, 224 – *Rußnase*.

⁸²⁸ OLG Düsseldorf ZUM 2012, 327 – *Embedded Content*.

⁸²⁹ « Entendu ici comme le créateur manuel d'un hyperlien, le n°eur, par opposition aux créateurs automatiques que sont les moteurs de recherche ». Voir note 42, de A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit d'auteur*, Lettre d'Allemagne : PI, oct. 2012, n°45, p. 490.

⁸³⁰ OLG Köln ZUM-RD 2012, 396 – *Online-Katalog*.

⁸³¹ OLG Köln ZUM-RD 2013, 8 – *Kirschkerne*.

droits exclusifs d'exploitation, à la disposition du public, sans son autorisation⁸³². La juridiction de première instance a fait droit aux demandes de *Bestwater* et a reconnu une atteinte au « droit de mise à disposition » au sens de l'art. 19 a UrhG⁸³³. La juridiction d'appel elle, a reformé la décision de première instance⁸³⁴.

L'application des critères dégagés par la *CJUE* en vue de caractériser un acte de « communication au public » est loin d'être évidente. Dans sa décision « *Die Realität I* »⁸³⁵, rendu en 2013, il est intéressant de noter que la Cour de justice fédérale tente d'appliquer au cas d'espèce, quatre critères dégagés par la *CJUE*. Premièrement, les agents commerciaux en mettant en place un lien *internet* utilisant la technique de la « transclusion » ont bien l'intention de permettre aux internautes utilisateurs de visualiser le film en question. Le public est bien réceptif et n'est pas atteint par « hasard ». Deuxièmement, le film atteint bien un nombre minimum de personnes, et les internautes ne constituent pas un nombre déterminé de personnes appartenant à un groupe privé. La Cour fédérale émet cependant des doutes quant au troisième critère, ne reconnaissant une communication au public, que dans le cadre de l'utilisation d'une technique spécifique se distinguant de la technique utilisée pour la communication originale, ou lors de l'atteinte d'un public nouveau. En effet, à partir du moment où le film est déjà « mis à disposition » sur *Youtube*, ce film peut potentiellement déjà être visionné dans le monde entier. De même, la visualisation du film par la technique de la « transclusion » ne présente pas un « nouveau procédé technique », par rapport à la visualisation sur *Youtube*, puisque ces deux techniques utilisent « l'*internet* ». Quatrièmement, le caractère lucratif d'un acte d'utilisation ne constitue qu'un indice en faveur de la qualification d'un acte de communication au public. En conclusion, la Cour fédérale souligne que ces critères sont insuffisants pour juger si l'acte d'utilisation d'une œuvre utilisant la technique du *frame* peut être qualifiée de « communication au public ».

§ 2- Evolution de la jurisprudence de la *CJUE* liée à la notion de communication au public dans un contexte en ligne.

Dans un contexte *online*, c'est la qualification d'un acte d'utilisation d'une œuvre par la technique d'un hyperlien ou d'une « transclusion » (*framing*) à l'aune du droit de communication au public qui retient l'attention de la *CJUE* particulièrement foisonnante dans ce domaine. La *CJUE* va même jusqu'à appliquer les interprétations proposées au cas d'espèce. Bien que la *CJUE* ne reconnaisse pas toujours l'existence d'un acte de communication au public, les arrêts de la Cour sont des occasions renouvelées pour définir et préciser les critères d'une communication au public.

A ce propos deux remarques peuvent être formulées. Premièrement, la réflexion de la Cour, dans les arrêts qualifiant l'acte d'utilisation d'une œuvre par la technique d'un lien s'est

⁸³² Voir les faits, au niveau du chapitre préliminaire.

⁸³³ LG, München, 02.02.2011.

⁸³⁴ OLG München, 16.02.2012.

⁸³⁵ *BGH*, *Beschl. v. 16.05.2013, I ZR 46/12 = GRUR 2013, 818, EUGH-Vorlage zur Frage der urheberrechtlichen Zulässigkeit des « Framing » – Die Realität*. Pour un commentaire de la décision, voir entre autres : D. JAHN, Ch. PALZER, *Embedded Content und das Recht der öffentlichen Wiedergabe – Svensson ist die (neue) Realität!* : K&R, Januar 2015, 1 ; A.-Ch. HENDEL, *Die urheberrechtliche Relevanz von Hyperlinks, Embedded Content nach deutschem und europäischem Recht* : ZUM 2014, 102.

limitée aux enjeux de la propriété intellectuelle⁸³⁶. Cela signifie que la *CJUE* émet le postulat selon lequel deux conditions sont remplies. D'une part, la *CJUE* considère que la pose d'un hyperlien est susceptible de constituer une *exploitation* de l'œuvre pouvant être qualifiée au regard du droit d'auteur et n'est donc pas seulement un moyen d'*accéder* à une œuvre excluant alors *per se* l'application du droit d'auteur. D'autre part, la *CJUE* s'est limitée à qualifier juridiquement l'opération de référencement relative à des œuvres protégées par le droit d'auteur⁸³⁷. Deuxièmement, outre le fait que la réflexion de la Cour s'est limitée aux enjeux de la propriété intellectuelle, le raisonnement de la Cour est très spécifique, puisqu'elle n'a recherché la qualification de la pose d'un hyperlien qu'en fondant son argumentation sur la mise en jeu d'un droit exclusif de *communication au public* au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. En effet, la *CJUE* aurait pu aborder la question de la qualification juridique de la pose d'un hyperlien sous l'angle du droit de reproduction, ou d'un droit *sui generis* concernant les bases de données⁸³⁸.

Ceci est d'autant plus étonnant qu'au niveau national, notamment en France et en Allemagne, de nombreuses incertitudes sont liées à la qualification juridique de cette opération de référencement. La multiplicité de qualifications envisageables a d'ailleurs été confirmée par des travaux rédigés dans le cadre de réflexions menées par différents groupes d'experts en droit d'auteur⁸³⁹. Trois affaires attirent particulièrement l'attention : l'affaire *Svensson*, l'affaire *Bestwater* et l'affaire *Sanoma*.

Dans l'affaire *Svensson*, c'est donc dans le cadre d'une procédure accélérée⁸⁴⁰, sans recours à l'avis d'un avocat général, que la *CJUE* a été amenée à se prononcer sur la notion de communication au public dans un contexte *online*. Bien sûr, le résultat concret auquel abouti la Cour, c'est-à-dire la possibilité de lier des œuvres sans recourir à l'autorisation préalable de l'ayant droit, ne surprend guère, tant le lien est devenu l'accessoire nécessaire de la navigation sur *internet*⁸⁴¹. D'un point de vue sociologique, la décision était donc prévisible⁸⁴². Cependant, d'un point de vue juridique, le raisonnement de la Cour laisse dubitatif et entraîne plus de questions que de réponses. Considérant que les questions préjudicielles, étaient similaires et

⁸³⁶ Le rapport du *CSPLA* évoque des incertitudes liées à la qualification juridique des opérations de référencement du point de vue de la propriété intellectuelle, voir p. 12.

⁸³⁷ Le rapport *CSPLA* évoque également cet argument en tenant compte du caractère protégeable des éléments sujets au référencement, voir p. 15 à 20.

⁸³⁸ Le rapport *CSPLA* traite par exemple de la mise en jeu du droit de reproduction, p. 23 à 33, et de la mise en jeu du droit d'interdire l'extraction substantielle d'une base de données, p. 45.

⁸³⁹ On peut rappeler que de nombreux spécialistes du droit d'auteur réunis au sein de l'Association littéraire et artistique internationale (A.L.A.I) avaient préparé un rapport tendant à conclure qu'il y avait communication au public, dans le cadre d'une opération de référencement, (« *Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment– Focus on linking techniques on the internet* » du 16 septembre 2013 du comité exécutif de l'Association littéraire et artistique internationale, voir <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>), tandis qu'un autre groupe d'experts réunis sous la bannière de l'*European Copyright Society* avait défendu l'opinion inverse (« *Opinion on the reference to the CJEU in case C-466/12 Svensson* » du 15 février 2013 : http://www.ivir.nl/news/European_Copyright_Society_Opinion_on_Svensson.pdf.)

⁸⁴⁰ O. JANI, F. LEENEN, Anmerkung zum *CJUE* Urteil v.13.2.2014, C-466/12, *Zulässige Verlinkung auf frei zugänglich veröffentlichte Artikel- Nils Svensson ua/Retriever Sverige* : GRUR 2014, 360- 363 (362).

⁸⁴¹ FDI, recommandation, 3 mars 2003, Hyperliens : Statut juridique, p. 9 : <http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/recommandations/recommandation-du-forum-des-droits-sur-l-internet-hyperliens-statut-juridique.html>.

⁸⁴² V.-L. BENABOU, *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public*, article publié le 16 février 2014 sur le site *internet Juriscom.net*.

que les réponses apportées dans *Svensson* sont applicables, la *CJUE* n'a rendu le 21 octobre 2014 dans l'affaire *Bestwater*, qu'une simple ordonnance. Ainsi, le seul fait qu'un œuvre protégée, librement disponible sur un site *internet* soit insérée sur un autre site *internet* au moyen d'un lien utilisant la technique de la transclusion (*framing*) ne peut être qualifié de « communication au public » dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau, ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine⁸⁴³. L'affaire *Sanoma* rendu le 8 septembre 2016, semble reconnaître une atteinte au droit de communication au public, dès lors que les œuvres liées sont illicites.

Sans aborder les conséquences de ces arrêts, les développements suivant ne dégagent que les critères permettant de définir la notion de « communication au public » telle que développée par la *CJUE* dans les arrêts *Svensson*, *Bestwater*, *Sanoma* et aussi *ITV-Broadcasting*⁸⁴⁴, qui est le premier arrêt rendu par la *CJUE* en matière de droit d'auteur, traitant de problèmes de qualifications juridiques, directement liés à l'exploitation d'œuvres *online*. Certains critères, telle l'association des deux éléments constitutifs, à savoir un acte de « communication » d'une œuvre et la communication de cette dernière à un public nouveau, véritable critère à part entière dans un contexte *online*, sont explicitement discutés par la *CJUE* (A). D'autres aspects important au regard de la qualification juridique de la qualification d'un lien, tel l'absence de consentement initial à la mise à disposition *online* de l'œuvre ou le contournement de mesures de restrictions prise par le site où se trouve l'œuvre protégée, par la pose d'un lien, sont évoqués de manière plus implicite par la *CJUE* (B).

A partir du moment où les juges de Luxembourg qualifient dans un premier temps la pose d'un lien vers une œuvre protégée de *communication au public* pour ensuite considérer qu'il ne s'agit pas vraiment d'une *communication au public*, faute de *public nouveau*, l'arrêt ne dégage pas clairement si la pose d'un lien est oui ou non exclue du champ d'application du droit d'auteur. Ceci est regrettable, car comme le rappelle le rapport du *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA)*, les positions doctrinales sur cette question sont très partagées⁸⁴⁵. Il semble que la Cour de justice de l'Union européenne ait plutôt opté pour une position de compromis. Pourtant, une partie de la doctrine française notamment avait déjà imaginé que la Cour allait marquer sa décision d'un sceau politique d'envergure et allait pour fonder sa décision, se réclamer de la liberté d'expression ou du droit du public à l'information⁸⁴⁶ ou encore de la liberté d'entreprise, comme elle le fit naguère dans les affaires *Scarlett*⁸⁴⁷ et *Netlog*⁸⁴⁸.

En réalité, le raisonnement tenu pour parvenir à cette conclusion est loin d'une déclaration de principe et, selon les commentaires français, est ancré dans une analyse assez technique des notions de droit d'auteur. Pour certains auteurs allemands cependant, la *CJUE* met l'accent sur le consentement subjectif du titulaire à communiquer son œuvre, ce qui précisément s'oppose à la compréhension technique des droits de la Cour fédérale allemande.

⁸⁴³ *Bestwater*, n° 20.

⁸⁴⁴ *ITV-Broadcasting*.

⁸⁴⁵ Ainsi le rapport du *CSPLA* expose successivement les positions *hostiles* à la qualification de la pose d'un lien en tant que communication au public, puis les positions *favorables* à une telle qualification. Voir à ce sujet, p. 33 à 44 du rapport.

⁸⁴⁶ Voir par exemple le rapport du *CSPLA*, p. 14, à propos des « fondements de la liberté de référencer ».

⁸⁴⁷ Affaire C-70/10, *Scarlett Extended SA c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, du 24 novembre 2011, (liberté d'entreprise: n° 46, 48 et 49 ; liberté d'information: n° 52).

⁸⁴⁸ Affaire C-360/10, *SABAM c/ Netlog NV*, du 16 février 2012, (liberté d'entreprise : n° 44, 46 et 47 ; liberté d'information : n° 50).

A- Critères constitutifs d'une communication au public

Dans l'arrêt *Svensson*, c'est en examinant les trois premières questions préjudicielles conjointement, que la Cour a estimé qu'il s'agissait d'étudier si « l'art. 3, paragraphe 1 de la directive 2001/29 doit être interprétée en ce sens que constitue un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture, sur un site *internet*, de liens cliquables vers des œuvres protégées disponibles sur un autre site *internet* étant entendu que, sur cet autre site, les œuvres concernées sont librement accessibles⁸⁴⁹ ». Bien que la Cour de justice de l'Union européenne considère malgré quelques réserves, que la pose d'un hyperlien ne peut être qualifiée de « communication au public », la Cour détaille les critères permettant de caractériser cette dernière. Pour la *CJUE*, il est clair, que la notion de communication au public associe deux éléments constitutifs, à savoir un « acte de communication » d'une œuvre et la communication de cette dernière à un « public ».

Caractérisant un acte de communication (1), on va voir que l'exigence d'un public nouveau (2) n'est pas remplie et que l'autorisation des titulaires du droit d'auteur ne s'impose pas à une communication au public telle que celle en l'espèce.

1- Une mise à disposition, un acte de communication ?

a- Application du critère de « mise à disposition » dans l'affaire *Svensson*

Dans le but de qualifier juridiquement l'acte d'utilisation au regard de l'art. 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29, la *CJUE* dans l'arrêt *Svensson* relève que « le fait de fournir, sur un site *internet*, des liens cliquables vers des œuvres protégées publiées sans aucune restriction d'accès sur un autre site, offre aux utilisateurs du premier site un accès direct aux dites œuvres »⁸⁵⁰. Or, au regard de la jurisprudence *SGAE*⁸⁵¹, pour qu'un acte de communication au public soit caractérisé, il suffit qu'une œuvre soit *mise à la disposition du public* de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité. Ainsi de manière plus synthétique, pour qu'il y ait « acte de communication » au sens de l'art. 3, paragraphe 1 de la directive 2001/29, il suffit notamment qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public potentiel⁸⁵². A ce propos, la *CJUE* rappelle dans son argumentation que l'existence d'un *acte de communication* doit être entendue de manière large, comme cela a déjà été rappelé à plusieurs reprises dans le cadre de sa jurisprudence antérieure, notamment dans l'arrêt *Football Association Premier League*⁸⁵³ et cela afin de garantir, ainsi qu'il résulte des considérants 4 et 9 de la directive 2001/29, un *niveau élevé de protection des titulaires* d'un droit d'auteur. Au vu de cette large

⁸⁴⁹ Arrêt *Svensson*, n° 14.

⁸⁵⁰ Arrêt *Svensson*, n° 18.

⁸⁵¹ Arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, *CJUE*, 7 décembre 2006, affaire C-306/05, Rec.p.I-11519, n° 43, ci-après nommé arrêt *Rafaël Hoteles*.

⁸⁵² Arrêt *Svensson*, n° 19.

⁸⁵³ Arrêt *Football Association Premier League*, *CJUE*, 4 octobre 2011, affaires jointes C-403/08 et C-429/08, Rec. p.I-9083, n° 193, ci-après nommé arrêt *Football Association Premier League*.

compréhension d'un acte de communication, la Cour considère que le fait de fournir des liens cliquables vers des œuvres protégées doit être qualifié de « mise à disposition », et par conséquent, « d'acte de communication » au sens de la directive »⁸⁵⁴.

b- Appréciation de l'argumentation de la Cour de justice de l'Union européenne

aa- Opinion de l'ECS versus ALAI ?

Pour un collectif de chercheurs européens regroupés sous le nom de *European Copyright Society (ECS)*, la pose d'un lien n'est pas une transmission et ne constitue donc pas un acte de communication. En considérant que la pose d'un hyperlien constitue une « mise à disposition » et donc par conséquent un « acte de communication », la Cour de justice se démarque de l'opinion juridique exprimée le 15 février 2013, par l'ECS⁸⁵⁵. A titre principal l'ECS avait estimé que la pose d'un lien ne constitue pas en soit un acte de communication⁸⁵⁶, et *a fortiori* pas un acte de communication au public. En effet, selon l'ECS il n'y a communication au public que s'il y a transmission. Or la pose d'un lien n'équivaut pas à une transmission de l'œuvre⁸⁵⁷. Par conséquent, la pose d'un lien ne peut pas être qualifiée de communication au public (raisonnement par contraposition : si T est nécessaire pour C, c'est-à-dire (C → T), alors (non T → non C).

Dans le but d'asseoir son argumentation, la *European Copyright Society* rappelle que la notion de communication est à comprendre au sens d'une transmission. Une telle approche est également adoptée en Allemagne et en France. En effet, « bien que la loi française se contente de viser la *communication*, on s'accorde à considérer que ce qui compte est la mise à disposition du public, de sorte qu'il est indifférent que la communication ne soit pas effective et qu'il suffit d'un public potentiel »⁸⁵⁸. Or même une mise à disposition entraîne une *transmission* numérique des œuvres, qui s'effectue à la demande des consommateurs⁸⁵⁹. Il en va de même en Allemagne. Une mise à disposition au sens de l'art. 19a UrhG du droit allemand qui ne constitue pas au sens strict une communication peut cependant permettre une *transmission*. En effet, « une mise à disposition » au sens de l'art. 19a UrhG est composée de deux branches⁸⁶⁰. D'une part, il s'agit de mettre à disposition une œuvre au sens littéral du terme (*Bereithalten*) en vue de permettre d'autre part, une transmission éventuelle de l'œuvre à la demande (*Abrufübertragung*). A partir du moment où la transmission de l'œuvre n'est

⁸⁵⁴ Arrêt *Svensson*, n° 20.

⁸⁵⁵ Voir *European Copyright Society (ECS), Opinion on "The Reference to the CJEU in case C-466/12 Svensson"*, 15 February 2013.

⁸⁵⁶ Voir l'opinion de la ECS, page 2, General, n° 6, (a): "Hyperlinks are not communication because establishing a hyperlink does not amount to "transmission" of a work, and such transmission is a prerequisite for "communication".

⁸⁵⁷ Voir l'opinion, page 8 et suiv. à propos de la question 1, « Hyperlinking does Not involve Transmission ».

⁸⁵⁸ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 284, n° 300.

⁸⁵⁹ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 288, n° 307.

⁸⁶⁰ M. GEY, *Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG, Entwicklung, Regelungsumfang und ausgewählte Probleme aus der Praxis*, Richard Booberg Verlag GmbH&Co KG, 2009, Stuttgart; H. SCHACK : GRUR 2007, 639-645 (640 et suiv.). La controverse concerne le fait de savoir, si la mise à disposition au sens strict et la transmission éventuelle de l'œuvre constituent *une seule* exploitation de l'œuvre couverte par la disposition de l'article 19a UrhG, ou s'il s'agit de *deux* exploitations distinctes de l'œuvre.

qu'hypothétique, ce droit de « mise à disposition »⁸⁶¹, est à classer de manière fictive dans la catégorie du droit de communication (*Wiedergabe-recht*). Par conséquent, une mise à disposition ne constitue qu'une transmission fictive, qui, en tant que telle, ne constitue pas une condition nécessaire de la communication.

Afin de justifier cette interprétation de la notion de communication, l'opinion de la ECS se réfère à la jurisprudence de la CJUE dans le cadre des affaires jointes dite *Football Association Premier League*⁸⁶² et *Murphy*⁸⁶³, dans lesquelles, la CJUE déclare à propos de la notion de communication interprétée dans le sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*, que « le concept de communication doit être interprété largement, comme se référant à une *transmission* des œuvres protégées, quel que soit le moyen ou le procédé technique utilisé⁸⁶⁴ ». Par ailleurs, une communication se fait indépendamment du fait que les moyens de communication sont réalisés par fil ou sans fils, mais que dans tous les cas, une communication présuppose un acte de « transmission », c'est-à-dire un acte technique d'émission (donnant lieu à la réception potentielle des travaux par le public).

Par ailleurs, l'opinion rappelle que pour interpréter une disposition de droit communautaire, il est nécessaire de tenir compte non seulement des termes (*interprétation littérale*), mais aussi du contexte (*interprétation systématique*). Alors que l'art. 3 de la directive *InfoSoc* n'emploie pas le terme de « transmission » dans sa rédaction, le considérant 23 emploie cette terminologie. Ce dernier dispose, que « la présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public ». Puis le considérant 23 définit le champ d'application de la communication au public en considérant que « ce droit couvre *toute transmission* ou *retransmission*, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte ». Par ailleurs, l'opinion évoque les travaux préparatoires réalisés en amont de la rédaction de la directive *InfoSoc*. Selon l'opinion, les travaux préparatoires confirment le fait que la transmission est la condition *sine qua non* de la communication et réfère à une proposition de la Commission⁸⁶⁵ qui considère que « l'expression *communication au public* d'une œuvre désigne tout moyen ou procédé autre que la distribution de copies physiques. Cela comprend la communication par fil ou sans fil. Un acte de communication au public peut impliquer une série d'acte de transmissions ainsi que des actes de reproduction ». Pour l'opinion, de toute évidence, la commission envisage que la notion de communication implique une transmission. Puis l'opinion rappelle, que la rédaction de la directive *InfoSoc* a permis de mettre en œuvre les traités de l'OMPI, et que la rédaction de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* reprend la rédaction de l'art. 8 du traité *OMPI-DA*⁸⁶⁶. Or précisément, la proposition de base pour le traité contenait un projet d'art. 10⁸⁶⁷, qui confirme l'homologie entre le terme de *communication* et le terme de *transmission*. Il est par ailleurs précisé qu'une communication implique toujours la transmission, et que le terme de transmission aurait pu être choisi comme terme clé pour décrire l'acte en question. Pourtant,

⁸⁶¹ *Recht der öffentlichen Zugänglichmachung* ; traduction littérale : droit public d'accès.

⁸⁶² Affaire C-403/08, *Football Association Premier League Ltd c/ QC Leisure*.

⁸⁶³ Affaire C-429/08, *Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd*.

⁸⁶⁴ Affaire jointes C-403/08 et C-429/08, n° 193.

⁸⁶⁵ Proposition de la commission : COM (97), p. 628 final, 25.

⁸⁶⁶ Traité de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur (WCT) adopté à Genève le 20 décembre 1996.

⁸⁶⁷ *Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Right Questions*, Geneva 1996, Vol 1, (Geneva: WIPO, 1999), p. 206.

l'opinion précise que le terme de communication a été maintenu dans la mesure où ce terme est utilisé dans tous les arts pertinents de la convention de Berne, dans sa version anglaise⁸⁶⁸.

Au-delà d'une référence aux textes, la *European Copyright Society* cite plusieurs exemples de jurisprudence⁸⁶⁹ pour appuyer son argumentation. Deux exemples sont issus des juridictions supérieures en Europe et un exemple traite du droit américain.

Ainsi, l'opinion rappelle, que l'arrêt de principe aux Etats-Unis en ce qui concerne les hyperliens est la décision de la Cour d'appel des Etats-Unis (Californie) à propos de l'affaire *Perfect 10 v. Google*, rendue en 2011⁸⁷⁰. Dans cette affaire, *Perfect 10* poursuit *Google* en faisant valoir que la « recherche *Google Image* » porte atteinte aux droits d'auteur sur les photographies, puisque *Google* réalise des versions miniatures des images *Perfect 10* assortis d'hyperliens vers la page *web* de *Perfect 10*. La Cour d'appel a jugé qu'en utilisant des hyperliens, *Google* ne fait que fournir des instructions HTML qui dirigent le navigateur d'un utilisateur de l'ordinateur vers l'éditeur d'un site *web*, qui stocke l'image photographique de taille réelle. Le code HTML donne simplement l'adresse de l'image dans le navigateur de l'utilisateur. Ainsi, un lien hypertexte n'est qu'un outil de localisation, permettant à un utilisateur de trouver où se situe l'œuvre.

Le premier exemple européen, lui, aborde le célèbre arrêt *Paperboy*⁸⁷¹, déjà évoqué dans les développements précédents et rendu en 2003 par la Cour fédérale allemande. Dans cette affaire, la Cour estime que le fait de renvoyer à un site sur lequel figurent des œuvres protégées ne porte pas atteinte au droit de mise à disposition du public, au sens du paragraphe 19a UrhG, même s'il s'agit d'un lien profond permettant de contourner la page d'accueil du site. La pose d'un lien n'est donc pas un acte d'exploitation, mais constitue bien un simple renvoi à une œuvre, déjà mise à disposition du public. Les œuvres pouvant être retirées de l'*internet*, les liens hypertextes, eux, restent intacts⁸⁷².

La deuxième affaire européenne évoquée par la *ECS*, est l'affaire *Napster.no*⁸⁷³ rendue en janvier 2005 par la Cour suprême de Norvège. Dans cette affaire, la Cour a estimé que la pose d'un lien sur un site *web* permettant de télécharger illégalement des fichiers *MP3* n'est pas un acte qui consiste à mettre ces fichiers *MP3* à la disposition du public (*making available*). Par là, la *European Copyright Society* se trouve confortée dans sa thèse en ce qu'elle considère que la pose d'un hyperlien ne permet donc pas de transmettre les œuvres. La Cour norvégienne précise que la conception de ce qui constitue une mise à disposition d'une œuvre ne devrait pas dépendre du fait de savoir, si la pose d'un lien permet de lier des œuvres légales ou illégales⁸⁷⁴. On se souvient que *Napster* est un service à l'architecture centralisée dont la technologie a permis aux personnes d'échanger facilement des chansons au format *MP3*, ce qui a conduit l'industrie musicale à porter des accusations de violation massive du droit

⁸⁶⁸ Il est cependant intéressant de noter que le terme de communication n'est pas employé dans la version française de la convention de Berne qui utilise l'expression « transmission publique » à l'article 11 et 11 ter, tout comme l'expression de « transmission par fil au public » utilisé dans l'article 14.

⁸⁶⁹ Rapport du CSPLA, p. 37.

⁸⁷⁰ *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc, a corporation*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Appeal from the United States District Court for the Central District of California, 3 août 2011.

⁸⁷¹ *BGH*, 17 juill. 2003, I ZR 259/00 *Paperboy* : GRUR 2003, 958 et suiv.

⁸⁷² Opinion de la *European Copyright Society*, du 15 février 2013, n° 41, p. 11.

⁸⁷³ *TONO et al. v. Bruvik*, Decision Supreme Court vom 27 January 2005, ci-après nommée « *Napster.no* », voir la décision dans IIC, 2006, 120 et s.

⁸⁷⁴ Arrêt *Napster.no*, n° 44 (IIC, 2006, 121).

d'auteur⁸⁷⁵. Après deux ans de procédure judiciaire aux Etats-Unis pour infraction à la législation sur le droit d'auteur, ce service a été retiré en 2001 du marché⁸⁷⁶. Pour la Cour suprême de Norvège, il ne fait aucun doute que le fait de poser un hyperlien ne permet pas de mettre une œuvre à la disposition d'un public⁸⁷⁷.

Pourtant, il faut observer que la *CJUE* aboutit exactement au résultat inverse, en considérant que la pose d'un lien constitue une *mise à disposition*. Les juges européens semblent avoir été sensibles aux arguments développés dans un rapport relatif à « la mise à disposition du public et à la communication au public dans l'environnement *internet* avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur *internet* » qui fut adopté à l'unanimité le 16 septembre 2013⁸⁷⁸ par les membres du comité exécutif de l'*association littéraire et artistique internationale (ALAI)*, fondée par Victor Hugo afin de promouvoir la protection internationale des droits d'auteur. Selon le comité exécutif de l'*ALAI*, un lien vers un contenu ciblé porte atteinte au droit de « mise à disposition »: (i) si le contenu est mis à disposition initialement sans le consentement du titulaire de droits ou (ii), si des mesures techniques de protection ont été contournées ou (iii) si la disponibilité du contenu, même s'il a été diffusé initialement sur *internet* avec son consentement, va d'une autre manière à l'encontre de la volonté déclarée ou clairement implicite du titulaire de droits.

bb- Définition d'une « mise à disposition »

L'épineux problème consiste cependant à savoir, quelle est la définition à donner au *droit de mise à disposition*. Le droit de mise à disposition inclut-il une *transmission*? Si tel était le cas, alors le raisonnement des juges européens reprendrait un critère déjà développé par la *European Copyright Society* même si le résultat final serait exactement inverse. En effet, rappelons que la *ECS* considère qu'un hyperlien n'est pas une transmission effective, alors que si pour la *CJUE* une mise à disposition constituait une transmission, un hyperlien constituerait bel est bien une transmission.

Pour Mme Ginsburg, le droit de mise à disposition inclut bien une transmission, mais ne se limite pas à une transmission actuelle. Le droit de mise à disposition est à comprendre au sens large en ce qu'il signifie « *offrir un accès* » à des œuvres. Ginsburg fonde son argumentation sur une interprétation littérale de l'art. 8 du traité de l'*OMPI*, repris en partie par l'art. 3 de la directive *InfoSoc*, qui stipule que « les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ». L'expression « avoir accès » indique que l'accès effectif à l'œuvre par un membre du public peut se produire à un moment plus tardif ou pas du tout. Ce droit de mise à disposition couvre donc l'*offre* de l'œuvre par le *streaming* ou le téléchargement, et pas seulement la réception de ce flux ou de ce téléchargement. Appliqué aux hyperliens, le raisonnement de Ginsburg signifie que le droit de mise à disposition entre en jeu, lorsque le lien permet aux membres du public d'*accéder* à

⁸⁷⁵ J.C. GINSBURG, *Peer-to-Peer: les conséquences de l'affaire Grokster* : PI, octobre 2007, N°25, p. 408-412 (409).

⁸⁷⁶ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

⁸⁷⁷ Arrêt *Napster.no*, n° 48 : IIC 2006, p. 121 et s.

⁸⁷⁸ Voir à ce propos, le rapport et l'avis adoptés à l'unanimité par le comité exécutif de l'*ALAI* (Association littéraire et artistique internationale) le 16 septembre 2013, p. 1.

des contenus protégés spécifiques⁸⁷⁹. On pourrait donc considérer, qu'une distinction est nécessaire entre un lien profond (*Deep Link*) et un lien superficiel (*Surface Link*). Indirectement, il semble aussi que la Cour de justice de l'Union européenne accorde de l'importance au caractère accessible ou non des œuvres, puisque la Cour précise que lorsque le lien permet de « contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée⁸⁸⁰ », alors l'autorisation des titulaires s'impose. « Offrir un accès » relèverait donc du droit exclusif. Cependant, elle souligne que chaque acte de « mise à disposition », offrant un accès à une œuvre protégée, bien que entrant dans le champ d'application du droit exclusif, ne doit pas faire l'objet d'un acte de contrefaçon. A ce sujet, elle fait une analogie intéressante avec le droit de reproduction. Ainsi, une copie privée fait bien l'objet d'un droit de reproduction, mais n'est pas un acte de contrefaçon. En effet, la copie privée fait bien l'objet d'une exception. Il semble donc, que Ginsburg propose une exception au droit d'auteur, afin d'autoriser la mise en place d'hyperlien.

Se pose la question de savoir pourquoi l'on ne peut pas déjà en amont exclure la pose d'un hyperlien du champ d'application du droit exclusif de « communication au public » ? Considérer le droit de disposition, comme soumettant à autorisation du titulaire de droit le simple fait d'offrir un accès à une œuvre, ne revient-il pas à reconnaître un *droit d'accès* ? Il semblait que « ce qui déclenche l'application du droit exclusif est un acte d'*exploitation*⁸⁸¹ » d'une œuvre. A ce propos, la *European Copyright Society*, mettait en garde contre une formulation plusieurs fois employée par la *CJUE* qui a précisé que la communication au public nécessite un acte d'intervention⁸⁸², une « intervention ...afin de donner accès », une terminologie qu'on pourrait interpréter comme étant plus large qu'une simple transmission. Or, justement, l'opinion précise que la conversion d'une simple caractéristique de la communication dans le but de redéfinir une telle communication serait une erreur de logique. En effet, une communication implique sans doute une intervention, mais toute intervention n'est pas une communication. Seules les interventions qui impliquent la transmission (électronique, pour ce qui concerne l'application de la directive *InfoSoc*) d'une œuvre ou d'un objet protégé, constituent des communications. En effet, si chaque intervention qui donne accès à une œuvre est considérée comme une communication, alors le droit de communication serait un *droit d'accès*, couvrant par là tout acte qui donne accès à une œuvre, comme c'est par exemple le cas d'une bibliothèque qui donne accès à ses œuvres dans sa salle de lecture. Admettre une telle définition du droit de communication reviendrait à confondre une communication avec les droits de location, de prêt, voir de distribution⁸⁸³.

C'est d'ailleurs justement pour éviter cette interprétation large du droit de communication, que l'opinion a restreint la notion de communication à la notion de transmission, implicitement vis-à-vis d'un public. Dans son l'arrêt *Svensson* pourtant, la Cour ne fait nullement référence à la terminologie de *transmission*. Les juges européens ne font référence qu'à une « mise à disposition » constituant un acte de communication, et va même jusqu'à considérer l'existence d'une communication au public qui, faute de public nouveau,

⁸⁷⁹ J. C. GINSBURG, *Hyperlinking and "Making Available"* : E.I.P.R., Issue 3, 2014, Thomson Reuters UK Limited and Contributors, p. 147-148.

⁸⁸⁰ Arrêt *Svensson*, n° 31. Cependant, il faut toutefois remarquer que la *CJUE* met plutôt l'accent sur l'absence d'un public nouveau, au lieu d'argumenter du point de vue de la notion de « mise à disposition ».

⁸⁸¹ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 130, n°257.

⁸⁸² Arrêt *Rafaël Hoteles*, n° 42.

⁸⁸³ Voir à ce propos l'opinion de la *European Copyright Society*, du 15 février 2013, p. 6, n° 24 à 26.

n'impose pas l'autorisation des titulaires du droit d'auteur. L'absence de référence à une transmission par la *CJUE* est pour le moins surprenante.

Une mise à disposition : une transmission, un acte de communication ?

Pour la *CJUE*, l'hyperlien est donc bien un acte de *mise à disposition* au public et constitue par conséquent un *acte de communication*⁸⁸⁴, sans inclure la notion de « public nouveau ». Il ne fait donc plus de doute que le droit de « communication » prévu à l'art. 3 de la directive 2001/29 englobe le droit de « mettre à disposition » également évoqué à l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. Ce raisonnement des juges européens peut facilement être réceptionné en France. En effet, l'art. L.122-2 du Code de la propriété intellectuelle stipule que « la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque » et ne prévoit pas explicitement un droit de *mise à disposition*. Or, il est aujourd'hui évident que la *communication* inclut également la notion de mise à disposition. Le fait de considérer qu'une mise à disposition constitue un acte de communication ne pose pas non plus de problème particulier à l'Allemagne. En effet, depuis la première corbeille de l'année 2003 (*erster Korb*), première loi transposant la directive *InfoSoc* en droit allemand, un droit de *mise à disposition* a explicitement été consacré dans la loi sur le droit d'auteur, à l'art. 19a UrhG (*Recht der öffentlichen Zugänglichmachung*). Par conséquent, il est clair, que ce droit de *mise à disposition* est une prérogative du droit de communication au public prévue à l'art. 15 al. 2 UrhG.

Comment la notion de communication, telle que développée par la *CJUE* peut-elle être réceptionnée sur le plan national, en France et en Allemagne ? Il semble que le droit français peut facilement réceptionner l'argumentation de la *CJUE*, à partir du moment où la France a une structure synthétique des droits, cette mise à disposition, non prévue de façon explicite au niveau de l'art. L.122-2 *CPI* ne constitue pas forcément une communication au public. Par contre, le droit allemand très analytique s'arrange moins bien avec cette solution, car lorsqu'un droit de mise à disposition est reconnu, alors il y a automatiquement mise en jeu du droit de communication au public. D'un point de vue allemand, l'argumentation de la *CJUE* prend donc des allures paradoxales.

Finalement, la pose d'un hyperlien n'est pas *constitutif* d'un acte de communication au public mais, comme le souligne très bien les avocats MM. Jani et Leenen, la Cour de justice ne considère pas que la pose d'un hyperlien en soi ne constitue pas une communication au public. L'arrêt de la *CJUE* est ambivalent et ne répond pas définitivement à la question de savoir, si la pose d'un hyperlien relève du champ d'application du droit d'auteur ou pas, puisqu'après avoir considéré que la pose d'un lien constitue une communication au public, c'est finalement l'absence de public nouveau qui va empêcher la qualification de communication au public.

⁸⁸⁴ Arrêt *Svensson*, n° 20.

2- Communication au public– Public nouveau

Alors que la *CJUE* n'accorde *a priori* de l'importance au critère de „public nouveau“ que dans les cas où un même procédé technique est utilisé pour effectuer des transmissions d'oeuvres ou d'objets protégés (b), il semble que dans un monde *online*, la communication d'une oeuvre doit nécessairement être adressée à un „public nouveau“ pour être qualifiée de communication au public (a).

a- Le public nouveau : une condition *sine qua non*

La présentation de ce critère (aa) précède quelques précisions propres à la compréhension du public dans un monde numérique *online* (bb).

aa- Présentation

Dans l'arrêt *Svensson*, la pose d'un lien vers une oeuvre protégée est qualifiée dans un premier temps de *communication au public* par les juges du Luxembourg, pour ensuite considérer qu'il ne s'agit pas vraiment d'une *communication au public*, faute de *public nouveau*. La *CJUE* estime en effet, que l'acte qui consiste à poser des hyperliens ne donne pas prise au droit de communication au public faute de répondre à l'exigence d'un public nouveau, un critère issu certes d'une jurisprudence antérieure, mais qui dans l'arrêt *Svensson* est érigé comme une condition *sine qua non* pour qualifier un acte de communication au public. En effet, faute de public nouveau, il n'y a pas de communication au public et l'autorisation des titulaires de droits ne s'impose pas.

Dans un premier temps, l'existence d'un public est néanmoins reconnue dans l'arrêt *Svensson*. L'acte de communication effectué par le gérant du site *internet* au moyen de liens cliquables vise bien l'ensemble des *utilisateurs potentiels* du site, qui constituent eux-même un nombre *indéterminé* et *assez important* de destinataires. Ainsi, les deux critères essentiels dégagés par la jurisprudence antérieure en vue de caractériser un public sont remplis.

Cependant, la Cour s'empresse d'ajouter dans un deuxième temps qu'une communication doit être adressée à un public *nouveau*, c'est-à-dire à un public qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale au public. Or, pour les juges du Luxembourg, « le public ciblé par la communication initiale était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, car, sachant que l'accès aux oeuvres sur ce site n'était soumis à aucune mesure restrictive, tous les internautes pouvaient donc y avoir accès librement »⁸⁸⁵. Bien sûr, dès lors que la notion de public visé par la première communication est si largement entendue (potentiellement tous les internautes), proposer un lien cliquable ne saurait conduire à communiquer l'oeuvre à un public nouveau⁸⁸⁶.

La solution proposée par la *CJUE* semble évidente, mais elle n'allait pas de soi. En effet, la condition de public nouveau figurant dans la jurisprudence antérieure n'apparaît pas aussi évidente que la Cour semble l'affirmer. La référence à cette condition de « public nouveau » est certes présente dans les décisions de la Cour de justice relatives à la détermination de la communication au public au sens de l'art. 3 de la directive 2001/29 dès l'arrêt *SGAE c/ Rafaël*

⁸⁸⁵ Arrêt *Svensson*, n° 26.

⁸⁸⁶ V.-L. BENABOU, *Quand la CJUE détermine l'accès aux oeuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public*, article publié le 16 février 2014 sur le site *internet Juriscom.net*.

*Hoteles*⁸⁸⁷ ainsi qu'au niveau de l'ordonnance du 18 mars 2010 à propos de l'affaire *Organismos Sillogikis*⁸⁸⁸ mais ne fait pas l'unanimité. Pour le comité exécutif de l'ALAI, le critère du public nouveau n'est pas forcément nécessaire. De même, dans l'arrêt *ITV Broadcasting*⁸⁸⁹, ce n'est qu'au terme d'une démonstration complexe que la Cour finissait par conclure à l'utilité d'un public nouveau dans le cas d'espèce d'une retransmission d'un flux TV satellitaire sur *internet* aux mêmes abonnés de la chaîne.

Pourtant, la *CJUE* reprend ce critère, et rejoint par là même l'opinion émise par le Forum des droits sur *internet* et la *European Copyright Society*. Ainsi, dans une opinion infiniment subsidiaire, la *ECS* considère qu'il fallait refuser en tout état de cause la qualification de communication au public, faute de pouvoir caractériser un public *nouveau*⁸⁹⁰. Dans le même sens, on peut faire référence aux propos de M. Varet qui estimait que la création d'un hyperlien vers une ressource accessible en ligne, sans restriction manifestée par le titulaire du droit précise-t-il toutefois, « n'est pas un nouveau mode d'exploitation touchant un nouveau public et, ne devrait pas, si l'on revient à l'essence des droits patrimoniaux, être soumise à autorisation »⁸⁹¹. Au vue de l'importance accordée à la notion de « public nouveau », on est toutefois surpris de constater que la *CJUE* ne mentionne nullement l'arrêt *Airfield*⁸⁹² dans ces développements, lequel avait pourtant déterminé un public nouveau comme étant « celui qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées, dans le cadre d'une autorisation donnée à une autre personne⁸⁹³ », comme le rappelle aussi le rapport et avis de l'ALAI⁸⁹⁴.

bb- Caractérisation du public dans un monde *online*

On peut néanmoins critiquer l'absence de reconnaissance d'un public nouveau par la *CJUE* dans l'affaire *Svensson*, qui est dûe à une compréhension indifférenciée de la notion de public, dans un monde numérique *online*.

En effet, les juges du Luxembourg estiment que le public d'une œuvre mise en ligne sur *internet* est l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, à savoir tous les internautes qui pourraient y avoir « librement » accès. Or considérer que l'ensemble des internautes constitue un seul et même public gomme complètement la dimension concrète de l'*internet*. Ne peut-on pas différencier le public, au lieu de l'envisager comme un tout indistinct ?⁸⁹⁵ D'un

⁸⁸⁷ Arrêt *Rafaël Hoteles*, C-306/05, n° 40 et 42.

⁸⁸⁸ Ordonnance du 18 mars 2010, arrêt *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, C-136/09, n° 38.

⁸⁸⁹ Arrêt *ITV Broadcasting*, CJUE, 7 mars 2013, aff. C-607/11, nommé ci-après arrêt *ITV-Broadcasting*.

⁸⁹⁰ *European Copyright Society*, Opinion on "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*", 15 February 2013, (General, n° 6 (c), p.2 "Even if a hyperlink is regarded as a communication of a work, it is not to a *new public*", et question 1, the New Public, n° 46, p. 12 "Further, even if a hyperlinker is said to communicate a work, because it *intervenes to give access*, it cannot be the case that by so doing the person communicates the work *to the public*. This is because the work is not communicated to a *new public*").

⁸⁹¹ V. VARET, *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes* : Légipresse, novembre 2002, n°196, II, p. 143.

⁸⁹² Arrêt *Airfield Digitaal BV contre SABAM et Airfields NV contre Agicoa Belgium BVBA*, CJUE, 13 octobre 2011, Affaires jointes C-341/09 et C-432/09, ci-après nommé « arrêt *Airfield* ».

⁸⁹³ Arrêt *Airfield*, n° 72 et n° 76.

⁸⁹⁴ Voir le Rapport du comité exécutif de l'ALAI du 16 septembre 2013, p. 6.

⁸⁹⁵ Voir le Rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, CSPLA et son souci d'apporter des réponses différenciées, p. 3.

point de vue économique, il est possible de distinguer les publics selon les conditions d'accès au contenu (lieu, moment, habitudes etc), comme en témoignent assez les pratiques de publicité contextuelles qui entourent la consultation des sites. En effet, l'internaute ne passe pas par hasard devant un contenu ; il s'y rend par diverses voies et le contrôle de ce cheminement est décisif pour les modèles d'affaires des sites. Il semblait même que la Cour avait été sensible à cette vision des choses dans l'arrêt *Dataco*⁸⁹⁶. Certes, cet arrêt a été rendu en matière de ré-utilisation des bases de données mais les juges avaient précisément pris en compte le *ciblage* géographique du public afin de caractériser l'acte d'exploitation en ligne⁸⁹⁷.

Avec l'arrêt *Svensson*, au contraire, tout se passe comme si cette partition des publics n'était plus possible en raison de l'ubiquité de la présence de l'œuvre par la navigation de l'internaute. Cette vision unique du public est due à la spécificité technique de *l'internet*, qui se veut d'être fluide et permet à tout à chacun de se rendre sur n'importe quel site grâce à un navigateur. Cela signifie donc que le public est ici envisagé de manière abstraite, comme une entité préexistante, constituée par la seule possession d'un outil d'accès à *internet*, indépendamment de la localisation de ses membres ou de leurs habitudes de circulation sur la toile. Dès lors qu'il s'agit d'un public seulement potentiel et que tout internaute est susceptible de se rendre sur le lieu où se trouve l'œuvre, toute mise en ligne sans restrictions s'oppose à la caractérisation d'un public nouveau. Le fait que le lien augmente l'audience des sites pointeurs comme pointés ne change rien. La Cour refuse à considérer que le poseur de liens accroît le public de l'œuvre mise en ligne. Par conséquent, dès lors qu'aucune précaution n'a été prise pour restreindre son accès à l'œuvre, il n'y a qu'un seul public sur *internet*. En effet, comme le souligne la *European Copyright Society*, dans la mesure où le contenu mis en ligne sans protection technique est accessible depuis n'importe quel endroit et peut être localisé à partir d'une série de moteurs de recherche, offrir un lien ne va normalement pas ouvrir une possibilité d'accès à des utilisateurs qui ne l'auraient pas eu en l'absence de lien. On peut donc considérer que la mise en ligne sans restriction sur *internet* s'oppose à la caractérisation d'un public nouveau, et donc vraisemblablement à la caractérisation d'une « communication au public »⁸⁹⁸.

b- Limitation du critère de « public nouveau » au même « mode technique spécifique »

Dans l'arrêt *ITV-Broadcasting*⁸⁹⁹ du 7 mars 2013, la Cour de justice de l'Union européenne précise qu'il n'y a pas lieu « d'examiner en aval la condition de public nouveau⁹⁰⁰ », en vue de qualifier un acte d'exploitation de « communication au public » au sens de l'art. 3 paragraphe 1 de la directive *InfoSoc*. Cependant, la compréhension littérale de l'arrêt laisse place au doute. Selon l'avis proposé au comité exécutif de l'ALAI et adopté en septembre 2014⁹⁰¹, dans l'affaire *ITV-Broadcasting*, la *CJUE* a bien plus complété le critère de « public nouveau » par celui de

⁸⁹⁶ Arrêt *Football Dataco Ltd.e.a. c/ Sportradar GmbH e.a.*, *CJUE*, 18 octobre 2012, aff. C-173/11.

⁸⁹⁷ Voir à ce sujet E. VARET, *Football Dataco, seconde mi-temps, Contrefaçon en ligne du droit sui generis sur une base de données et compétence juridictionnelle* : RLDI, Décembre 2012, n°88, Créations immatérielles, p. 11 à 16.

⁸⁹⁸ Voir *infra*, les développements concernant le périmètre de réserve.

⁸⁹⁹ Affaire C-607/11, *TV Catchup, ITV-Broadcasting*.

⁹⁰⁰ Arrêt *ITV- Broadcasting*, n° 39.

⁹⁰¹ Avis proposé au comité exécutif de l'Association littéraire et artistique internationale et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014, sur le critère de « public nouveau » développé par la *CJUE*, considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public.

« mode technique spécifique ». Cette affaire, tout comme l'affaire *Svensson, Bestwater et Sanoma* concerne l'utilisation des œuvres dans un contexte en ligne, quoique d'une manière différente puisque le litige ne portait pas sur la qualification juridique de l'acte consistant à poser des liens. Le litige de l'affaire *ITV-Broadcasting* peut être résumé comme suit : un radiodiffuseur ITV soutenait que la société *TV Catchup* avait porté atteinte à ses droits sur ses émissions en communiquant ces émissions au public, par le procédé de la transmission électronique, sous la forme du « streaming ».

Dans le but de caractériser une atteinte éventuelle au droit de communication au public, la *CJUE* rappelle les critères constitutifs d'une telle communication au public. D'une part, la *CJUE* confirme le critère de « public nouveau » appliqué dans les précédentes affaires, quoique de nature différente. Ainsi, la *CJUE* précise que « la condition du public nouveau n'est pertinente que dans les situations sur lesquelles la Cour a été amenée à se prononcer dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités *SGAE, Football Association Premier League e.a.*, ainsi que *Airfield et Canal Digitaal*⁹⁰² ». D'autre part, elle introduit, pour le concept de communication au public un nouveau critère inconnu des traités internationaux et des directives de l'UE : le critère de « mode technique spécifique ». La Cour précise dans l'arrêt *ITV-Broadcasting*, qu'« étant donné qu'une mise à disposition des œuvres par le biais de la retransmission sur *internet* d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre se fait suivant un mode technique spécifique, qui est différent de celui de la communication d'origine, elle doit être considérée comme une « communication » au sens de l'art. 3, paragraphe 1 de la directive 2001/29. Par conséquent, une telle retransmission ne saurait échapper à l'autorisation des auteurs des œuvres retransmises lorsque celles-ci sont communiquées au public »⁹⁰³.

Par conséquent, le critère de « public nouveau » semble maintenu dans des situations où le même procédé technique est employé pour effectuer des transmissions ultérieures. La Cour européenne reste cependant très vague, sur ce qui constitue un « même mode technique spécifique » de retransmission ou de communication. Comme le souligne *Strowel*, « on peut le regretter, mais on ne s'en étonnera guère »⁹⁰⁴. Selon lui, le flou volontaire qui entoure certaines notions participe d'une stratégie de prudence, ne débouchant pas forcément sur une bonne *juris-prudence* !⁹⁰⁵ Dans l'arrêt *Svensson*⁹⁰⁶ tout comme dans l'ordonnance *Bestwater*⁹⁰⁷, la Cour se contente de préciser que le même mode technique (*internet*) est utilisé pour la communication initiale sur le site cible et pour la (re)transmission à partir du site où se trouve l'hyperlien. Dans l'affaire *ITV-Broadcasting* au contraire, l'œuvre est communiquée selon un mode technique spécifique différent de ceux jusqu'alors utilisés, en raison de la diffusion en ligne (sur *internet*) d'un programme télévisé diffusé par satellite⁹⁰⁸.

Le critère de public nouveau est-il abandonné, dès lors que les retransmissions s'effectuent par des modes techniques spécifiques, différents de celui de la communication d'origine ? Dans l'affaire *ITV-Broadcasting*, les modes techniques spécifiques sont différents, mais le public auquel la « radiodiffusion télévisuelle terrestre » est destiné est concrètement le

⁹⁰² Arrêt *ITV-Broadcasting*, n° 39.

⁹⁰³ Arrêt *ITV-Broadcasting*, n° 26.

⁹⁰⁴ A. STROWEL, *Bestwater International GmbH c. Michael Mebes et Stefan Potsch* : Auteurs & Media, 2015/2, p. 175 et s. (177).

⁹⁰⁵ A. STROWEL, *ibid.*

⁹⁰⁶ Arrêt *Svensson*, n° 24.

⁹⁰⁷ Ordonnance *Bestwater*, n° 15.

⁹⁰⁸ Arrêt *ITV-Broadcasting*, n° 26; Voir aussi: J.- M. BRUGUIERE, *Liens hypertextes – Framing–Communication au public (non)* : PI, janv. 2015, n°54, p. 51 et s. (52).

même que le public auquel les œuvres sont mises à disposition par le biais de la télédiffusion sur *internet*. En effet, une des caractéristiques du système de *TV-Catchup* était que les utilisateurs de ce système ne pouvaient que regarder les émissions diffusées en continu qu'ils avaient le droit de regarder, du fait qu'ils détenaient une licence de télévision valable dans la même zone géographique, *c'est-à-dire* au Royaume-Uni⁹⁰⁹.

Un parallèle est-il possible entre une simple rupture de moyens techniques⁹¹⁰, la prise en compte d'un « mode technique spécifique », et l'existence d'un nouvel acte d'exploitation ? Reconnaissant que la retransmission *sur internet* des œuvres incluses dans une radiodiffusion télévisuelle terrestre donne lieu à une « nouvelle » communication au public⁹¹¹, il est clair que la prise en compte du critère nouveau de « mode technique spécifique » permet la qualification d'un acte de communication au public.

Se pose néanmoins la question de l'articulation de ces deux critères que sont la prise en compte d'un « public nouveau » d'une part et le critère supplémentaire de « mode technique spécifique » d'autre part, afin de qualifier un acte de « communication au public ». Deux constellations sont possibles : la prise en compte de ces deux critères est soit alternative, soit cumulative. Auparavant, une présentation des différentes appréciations de la notion de public est nécessaire puisqu'elles influencent l'articulation des deux critères.

Tout d'abord, il est indiscutable que le public auquel les émissions sont télédiffusées dans l'affaire *ITV-Broadcasting* par le biais de la télévision et par le biais d'*internet* est bien le même. In *concreto* la Cour ne prend donc pas en considération la présence d'un nouveau public. Ce qui, en revanche, est moins clair est le fait de savoir si, en plus de l'appréciation *in concreto* de ce critère, la Cour considère de manière plus fondamentale que le critère même de « public nouveau » ne constitue pas le *fait générateur* d'un acte d'exploitation. Ces deux approches sont à différencier. Dans l'affaire *SGAE c/ Rafaël Hoteles*⁹¹², un public distinct peut être considéré comme le « fait générateur » d'une exploitation tout en constituant un *même* public *in concreto*. En effet, l'acte de communication originaire de l'œuvre ne visait que le public non présent dans l'hôtel, c'est-à-dire les usagers directs, détenteurs d'appareil de réception qui individuellement ou dans la sphère privée ou familiale, captent les émissions. En revanche, le public présent dans l'hôtel constitue bien un public distinct ou nouveau, bien que pouvant être concrètement constitué des mêmes personnes. Ce public nouveau est reconnu puisque d'une part, en l'absence de l'intervention de l'hôtelier les clients ne pourraient jouir de l'œuvre diffusée⁹¹³. D'autre part, de manière implicite (mais il est vrai, non explicitement prévue dans l'arrêt), ce public présent dans l'hôtel est nouveau et distinct du public originaire en raison d'une rupture de moyens technique donnant lieu à un nouvel acte d'exploitation. On peut donc être en présence d'un nouveau public, alors que concrètement, ce public est constitué des mêmes personnes. Il ne faut cependant pas perdre de vue, que la notion de public

⁹⁰⁹ Arrêt *ITV-Broadcasting*, n° 8 à 15.

⁹¹⁰ C'est par exemple le cas dans : Arrêt *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, n° 23 (le signal de télévision est distribué par câble dans les chambres, alors qu'il est capté par l'hôtelier par satellite ou par voie terrestre. On est donc en présence d'une rupture de moyen technique). Arrêt *PPL*, n° 19 (l'hôtelier distribue, par câble ou par toute autre technologie, un signal reçu de façon centrale. On est donc là aussi en présence d'une rupture de moyen technique). Dans l'affaire *CJUE*, 13 octobre 2011, *Airfield c/Sabam*, aff. C-431/09, n° 11 et s. on a aussi une « rupture de moyens techniques », puisque le bouquet de chaîne proposé par Airfield inclut deux types de chaînes de télévision, et que les chaînes cryptées ne peuvent être regardées qu'après décodage.

⁹¹¹ Arrêt *ITV- Broadcasting*, n° 48.

⁹¹² Arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles*, n° 40 et s.

⁹¹³ La retransmission *sur internet* des œuvres télédiffusées permettrait en raison du *Cloud Computing* de se passer de l'intervention de l'hôtelier.

nouveau dans l'arrêt SGAE c/ Rafaël Hoteles, est apparue en accord avec la l'esprit de l'art. 11 bis de la convention de Berne, soutenant une compréhension extensive (et non restrictive) de la notion de communication au public afin de couvrir la « distribution » d'un signal de télévision par un hôtel aux clients installés dans les chambres d'hôtel. Est-on également en présence d'une « retransmission » dans l'affaire *ITV-Broadcasting* ? On peut simplement noter que la CJUE qualifie l'acte d'utilisation des œuvres dans l'affaire *ITV-Broadcasting*, à l'aune de du droit de communication prévu à l'art. 3, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc*. Par conséquent, la compatibilité de cette jurisprudence avec l'art. 11 bis 1) doit être recherchée. Deux compréhensions de l'arrêt *ITV-Broadcasting* sont alors possibles.

La première compréhension de l'arrêt ne retient que l'absence *concrète* de prise en compte d'un nouveau public, puisque l'on est concrètement en présence d'un même public. Dans ce cas, « le public nouveau » est pris en compte, en tant que « fait générateur » d'un acte d'exploitation, conformément à l'art. 11 bis 1) de la convention de Berne qui dispose en substance que « Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser [...] 2° toute communication au public, soit par fils, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite *par un autre organisme que celui d'origine* ». Cela signifie donc, qu'en plus de la prise en compte « d'un mode technique spécifique », on est en présence d'un public nouveau en tant que « fait générateur » de la communication dans le cadre de l'arrêt *ITV-Broadcasting* alors même que concrètement cette condition n'est pas à prendre en compte. En raison de la rupture de moyens technique, on a deux public distinct, donc un public nouveau, puisque le premier originaire est visé par la télédiffusion et que le public nouveau est visé par la « télédiffusion » par *internet*. Cette approche a l'avantage d'être plus respectueuse de la jurisprudence antérieure de la Cour. Alors qu'il n'y avait qu'un critère permettant de qualifier une « communication », on est à présent en présence de deux critères cumulatifs.

La deuxième compréhension de l'arrêt retient une application alternative⁹¹⁴ des deux critères : soit on prend en compte le « public nouveau », soit « le mode spécifique technique » en vue de qualifier un acte de « communication au public ». Néanmoins, l'accent est mis sur « le mode technique spécifique ». En effet, dès lors que la communication se fait suivant un mode technique différent, il n'est pas nécessaire de rechercher l'existence d'un « public nouveau », en tant que « fait générateur », pour qualifier un acte de « communication au public ». Par conséquent, le critère de public nouveau n'est à rechercher que dans le cas d'un même mode technique spécifique. Le critère de « public nouveau » est donc limité au « même mode de technique spécifique ».

Une telle compréhension de l'arrêt signifie que le critère de « public nouveau » est abandonné dès lors que la communication se fait suivant un mode technique différent. On ne peut manquer de constater l'incohérence d'une telle démarche, consistant à « élever au rang de critère » un mode technique différent. Comme le souligne aussi l'avis proposé au comité exécutif de l'ALAI en 2014, la démarche de la CJUE est erronée en ce qu'elle tire ce critère de l'analyse de l'art. 11 bis 1 iii) faite par *l'ancien guide de l'OMPI* publié en 1978. Le type de communication envisagé dans l'ancien guide impliquait par définition un moyen technique différent : une transmission primaire par radiodiffusion retransmise par haut-parleur. Comme l'indique le commentaire de *l'ancien guide*, la première communication par ondes hertziennes

⁹¹⁴ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* : ZGE/IPJ 5 (2013), p. 101; C. CASTETS-RENARD, *L'interprétation autonome et systémique du droit d'auteur européen par la CJUE: et maintenant?* : RLDI, mai 2013, n°93, p. 12.

visant les domiciles privés ; la retransmission par haut-parleur vise des lieux publics. Il s'agit donc de moyens techniques différents pour atteindre des publics dans des lieux différents. Comme le rappelle justement l'avis du comité exécutif, selon la lecture faite par la *CJUE*, la nature du public est indifférente si la communication se fait suivant un mode technique différent. Mais, dans ce cas, le critère de « public nouveau » n'a plus de sens, dans l'exemple même qui a servi de fondement à l'introduction du critère de « public nouveau » puisque cet exemple concerne en fait des modes techniques différents⁹¹⁵ !

Par ailleurs, on peut également invoquer le texte de la convention de Berne, qui s'oppose aussi à un critère de « mode technique différent ». En effet, l'art. 11 bis 1 ii) de la Convention prévoit un droit exclusif non seulement en cas de retransmission sans fil, et donc selon le même « mode spécifique » que celui utilisé pour la radiodiffusion. Or, la convention de Berne prévoit deux droits distincts et reconnaît donc qu'il y a deux actes distincts. Il importe peu que la communication ultérieure s'effectue selon les modes techniques différents ou selon le même mode technique, *c'est-à-dire* – dans le cas de l'art. 11 bis 1 ii) – par fils ou sans fils. Par ailleurs, on peut aussi souligner la très bonne remarque selon laquelle, si l'on appliquait le raisonnement de la *CJUE*, la retransmission constituerait un acte d'exploitation distinct et partant une violation du droit d'auteur si le même organisme retransmettait une émission de radiodiffusion par le biais d'un mode technique différent, alors que la Convention de Berne entendait expressément que cette utilisation reste libre. Cela montre donc bien que le critère de « mode technique spécifique » est en contradiction avec les normes internationales du droit d'auteur.

En revanche, il s'agit d'une rupture avec la jurisprudence de 2012 liée à l'interprétation d'un acte de « communication au public » d'un phonogramme radiodiffusé au sens de l'art. 8 de la directive 2006/115. Comme le fait d'ailleurs remarquer Mme Lucas-Schloetter, l'arrêt du 7 mars 2013 ne fait à aucun moment référence aux arrêts *PPL* ou *Marco del Corso* du 15 mars 2012. Dans ces deux arrêts pourtant, les questions préjudicielles concernaient l'interprétation de la notion de « communication au public », et la *CJUE* faisait référence à l'arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles et Murphy*, dont les questions préjudicielles concernaient précisément l'interprétation de l'art. 3 paragraphe 1 de la directive *InfoSoc* relatif à la « communication au public » en droit d'auteur. C'est pourquoi certains commentaires relatifs aux deux arrêts du 15 mars 2012 considéraient que les critères dégagés dans ces arrêts pouvaient être transposés en droit d'auteur⁹¹⁶. D'autres commentaires au contraire, ont émis des doutes quant à la transposition de ces critères en droit d'auteur⁹¹⁷. Avec l'arrêt du 7 mars 2013, il semble en

⁹¹⁵ Page 20 du l'avis de comité exécutif.

⁹¹⁶ Voir par exemple : F. POLLAUD-DULIAN, *Chroniques Propriété littéraire et artistique*, RTDcom. Avril/Juin 2012, p. 322-334, « Nous étudions ici les deux arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne, le 15 mars 2012, qui, bien qu'il concernent des droits voisins, intéressent tout autant le droit d'auteur en ce qu'il apportent des contributions significatives [...] à l'interprétation du droit de communication au public ».

⁹¹⁷ L. IDOT, *Droits d'auteur et utilisation de phonogrammes dans des lieux publics*, Europe n°5, Mai 2012, comm. 27, « certains ont soutenu que la notion de communication au public au sens de l'article 8 paragraphe 2 de la directive 2006/115/CE, ne devrait pas recevoir la même signification que celle donnée dans l'arrêt *SGAE* [sous entendu, que la communication au sens de l'article 3 paragraphe 1] ». De même Ch. CARON, *Le dentiste et l'hôtelier confrontés à la rémunération équitable* : CCE, N°5, Mai 2012, comm. 48, « Il en résulte qu'une certaine prudence s'impose s'il s'agit d'exporter mutatis mutandis, les solutions en droit d'auteur ». De même V.-L. BENABOU, *Notion de communication au public- Droit à rémunération équitable*, Chroniques : PI, octobre 2012, N°45, p. 433 « Bien que certains des critères sur laquelle la Cour se repose figurent également dans des décisions afférentes au droit d'auteur, nous pensons pouvoir avancer que les deux arrêts du 15 mars ont un périmètre limité et entendent s'appliquer au seul droit à rémunération. Cette interprétation a le mérite de laisser ouverte

effet que la *CJUE* dégage deux notions différentes de « communication au public ». La Cour distingue la notion de communication au sens *du droit d'auteur* et la notion de communication au sens *des droits voisins*⁹¹⁸. De manière plus précise, on peut même dire que la Cour effectue une distinction d'une part, entre la notion de « communication » comme étant une partie du droit exclusif de « communication au public » prévue à l'art. 3 paragraphe 1 de la directive *InfoSoc* avec d'autre part la notion de communication en ce qu'elle est mentionnée au niveau de l'art. 8 paragraphe 2 de la directive 2006/115, prévoyant un droit de rémunération aux producteurs de phonogrammes⁹¹⁹.

Cependant, cette constatation doit être nuancée. La jurisprudence européenne relative à l'interprétation de la notion autonome de « communication au public » est très récente et des spécialistes de droit d'auteur ont bien considéré que les arguments développés dans le cadre des deux arrêts du 15 mars 2012 sont transposables à la définition de la communication au public en droit d'auteur. C'est pourquoi il convient d'exposer les arguments de cette jurisprudence, tout en émettant des doutes, quant à l'importance de ces critères en droit d'auteur.

Le recours à la notion d'utilisateur comme critère permettant de caractériser une « communication » n'a été évoqué explicitement que dans les arrêts relatifs à l'interprétation de cette notion au sens de l'art. 8 de la directive 2006/115 à propos des droits voisins. De manière implicite cependant, il semble que la référence à une personne prenant une initiative ait déjà été évoquée dans des arrêts caractérisant une « communication » au sens du droit d'auteur.

B- Une interprétation a contrario de l'arrêt Svensson ?

Après avoir considéré que le droit de communication au public n'avait pas à jouer dans l'affaire *Svensson*, rejetant par là la possibilité d'un contrôle *ex ante* des titulaires de droit d'auteur sur la pose d'un lien vers une œuvre librement accessible sur *internet*, la *CJUE* n'en a pas moins introduit des réserves qui autorisent un certain « périmètre de réservation » dès lors que les titulaires ont notamment « enclos » leurs contenus⁹²⁰.

1- Une communication au public en l'absence de consentement initial de l'ayant droit ?

Les arrêts de la *CJUE* ne permettent pas d'établir clairement, que la liberté de poser des liens est subordonnée au consentement initial du titulaire de droit à la mise à disposition du

la voie pour d'autres solutions quant à la définition de l'acte de communication au public, à propos des droits exclusifs et tout particulièrement du droit d'auteur ».

⁹¹⁸ La directive *InfoSoc* ne prévoit pas de droit exclusif de « communication au public » au niveau des droits voisins, mais uniquement un droit de « mise à disposition » à l'article 3, paragraphe 2 de la directive *InfoSoc*.

⁹¹⁹ Voir à ce sujet, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* : ZGE, IPJ 5, 2013, p. 102; V.-L. BENABOU, *Notion de communication au public - droit à rémunération équitable*, *Chroniques* : PI, octobre 2012, N°45, p. 433. « [la Cour dégage] plusieurs notions différentes de communication au public selon les droits concernés ».

⁹²⁰ Arrêt *Svensson*, n° 31.

public d'une œuvre sur un site *internet*. Bénabou souligne cependant, que l'exigence du consentement à la mise en ligne de l'œuvre par le titulaire des droits se trouve implicitement consacrée dans l'arrêt *Svensson*⁹²¹. Selon elle, le fait que les œuvres soient *librement disponibles*⁹²² ne doit pas s'entendre uniquement comme une simple commodité d'accès pour l'utilisateur/internaute mais en tant que résultante de la décision des titulaires de communiquer l'œuvre au public. La terminologie employée manque cependant de précisions. Une lecture de la l'ordonnance *Bestwater*, suggère que des œuvres *librement accessibles* ne sont que des œuvres accessibles sans mesures de restrictions. En effet, l'ordonnance distingue une œuvre « librement disponible sur le site vers lequel pointe le lien *internet* »⁹²³ et le fait que « les titulaires du droit d'auteur ont autorisé cette communication »⁹²⁴. Cela étant, l'arrêt *Sanoma* rappelle l'importance d'une telle autorisation du titulaire de droit d'auteur, dès qu'il y a communication d'une œuvre⁹²⁵.

Dans le cas où les juridictions de renvoi confirment que la mise à disposition initiale des œuvres en ligne a effectivement été autorisée par le titulaire de droit, que ce soit dans l'affaire *Svensson*, ou dans l'affaire *Bestwater*, cet argument semble peser en faveur de la liberté d'établir des liens. A ce titre, les jugements rendus il y a déjà un certain nombre d'années par la Cour fédérale d'Allemagne ne font que confirmer l'approche de la Cour de justice de l'Union européenne, puisqu'une œuvre mise à disposition sur *internet* avec le consentement du titulaire de droit, comme c'est le cas dans l'affaire *Paperboy*⁹²⁶ semble peser en faveur de la liberté d'établir des liens. En France, généralement, les décisions traitent de liens pointant vers des œuvres contrefaisantes, *c'est-à-dire* déjà reproduites de manière incontestablement illicite, soit sans l'autorisation des auteurs⁹²⁷. Les solutions jurisprudentielles en France assimilent de tels liens à des actes de contrefaçon par *fourniture de moyens*, sans nécessairement s'arrêter sur la qualification précise du lien⁹²⁸.

L'absence d'autorisation ou de consentement du titulaire de droit recouvre donc deux situations majeures en pratique : soit l'œuvre est contrefaisante et donc incontestablement mise en ligne sans l'autorisation de l'auteur, soit le poseur de lien n'a pas connaissance des conditions d'exploitation de cette œuvre.

Qu'en est-il par exemple, lorsque l'œuvre est mise en ligne sans l'accord des titulaires, et cela parfaitement légalement dans le cadre d'une citation ou d'une parodie ? Qu'en est-il de la pratique de la copie cache qui permet de maintenir la ressource en libre accès au delà de ce qui a été voulu par le titulaire ? Dans ce cas, quel sera le statut du lien qui pointe vers cette

⁹²¹ V.-L. BENABOU, *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public*, article publié le 16 février 2014 sur le site *internet* Juriscom.net, p. 5.

⁹²² Arrêt *Svensson*, n° 32.

⁹²³ Ordonnance *Bestwater*, n° 18.

⁹²⁴ Ordonnance *Bestwater*, n° 18.

⁹²⁵ Arrêt *Sanoma*, n° 43.

⁹²⁶ Affaire *Paperboy*, BGH, Urteil vom 17.7.2003- I ZR 259/00 : GRUR 2003, 958-963. „Ein Berechtigter, der ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne technische Schutzmaßnahmen im internet öffentlich zugänglich macht, ermöglicht dadurch bereits selbst die Nutzungen, die ein Abrufender vornehmen kann“.

⁹²⁷ S. DORMONT, *La liberté de créer un lien hypertexte*, Commentaire de l'arrêt CJUE, 13 février 2014, *Svensson c/ Retriever Sverige AB* : PI, juillet 2014, n°52, p. 234 s.

⁹²⁸ V. notamment TGI Saint-Etienne, 6 déc. 1999, Chron. Droit de l'*internet* : JCP E 2000, p. 1902, n°15, obs. J.-M. Bruguière : RIDA 2000, n°184, p.139, obs. A. KEREVER ; TGI Epinal, 24 oct. 2000 : Comm. com. Electr. 2000, n°125, obs. C. CARON ; CA Aix-en-Provence, 10 mars 2004 : RLDI 1/2005, n°12 ; CA Paris pôle 5-13, 1^{er} juill. 2011 : Juris-Data n°017963 ; CA Paris pôle 5-13, 25 mai 2012 : Juris-Data n°020565.

ressource, certes présente sur *internet*, mais sans que ce soit l'auteur qui l'y ait mise ? Qu'en est-il lorsque l'œuvre n'a pas été « injectée » licitement sur le réseau ?

Pour le comité exécutif de l'ALAI, la qualification d'un hyperlien est indifférente au fait qu'une œuvre soit injectée de manière licite ou non sur le net. Le rapport de l'ALAI souligne que c'est l'acte d'offrir qui déclenche le droit de mise à disposition et que cet acte reste le même quel que soit le statut, au regard du droit d'auteur, de l'œuvre mise à disposition⁹²⁹. Dans le même sens, la jurisprudence allemande, sous l'influence de la jurisprudence *Paperboy*⁹³⁰ avait jusqu'alors considérée que la pose de liens vis-à-vis d'œuvres contrefaites ne constituait nullement un acte d'exploitation relevant du droit d'auteur. Au-delà du droit d'auteur *stricto sensu*, la mise en place de liens vers des contenus illicites dans le contexte de la responsabilité des tiers est autorisée par le droit allemand⁹³¹, car justifiée par la liberté de la presse et la liberté d'expression⁹³².

Si on s'inspire de l'esprit de la décision *Svensson* cependant, il semble que la pose d'un lien ou d'un *frame* envers une représentation illicite d'une œuvre ou d'un objet protégé justifie un acte d'utilisation portant atteinte au droit de représentation⁹³³. En France, d'ailleurs, plusieurs décisions se sont prononcées dans un sens favorable à la qualification d'une communication au public, tout particulièrement lorsque les sites de liens pointent vers des contenus illicites. Bien que le fondement des décisions soit peu clairement établi par le juge pénal, elles sont entrées en condamnation pour contrefaçon⁹³⁴.

Le tribunal de grande instance d'Epinal⁹³⁵ a ainsi condamné une page de liens comme réalisant une mise à disposition du public des utilisateurs sur internet, même à titre gratuit contraire au droit d'auteur. De même la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 1^{er} juillet, a estimé a propos d'un groupe de liens pointant vers des sites où se trouvent des œuvres contrefaisantes que « s'il ne contenait aucune reproduction des fichiers protégés, proposait cependant des liens permettant le téléchargement de films ou de musique dans les meilleurs conditions de qualité et de réactualisation ; que la mise à disposition de tels liens permettant d'accéder à des fichiers contenant des œuvres contrefaisantes ou à des pages de sites *internet* contenant ces liens ou encore à des moteurs de recherche permettant d'accéder à ces liens, constitue un acte illicite de contrefaçon par représentation de ces œuvres ». De même, la Cour d'appel de Pau, dans une décision du 18 octobre 2012 a jugé que « la mise à disposition d'œuvres protégées, en connaissance de cause, comme en l'espèce, par l'intermédiaire de liens pointant vers ces œuvres en permettant le téléchargement sans autorisation des titulaires de droits constitue une communication de l'œuvre publique et donc un acte de représentation, une mise à disposition du public en violation des droits de leurs auteurs, caractérisant l'élément matériel de l'infraction de contrefaçon de représentation ». Enfin, la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 février 2012, a considéré que la Cour d'appel, qui avait jugé que l'administrateur d'un site répertoriant des liens permettant d'accéder à des fichiers

⁹²⁹ Rapport et Avis de l'ALAI, voir la synthèse p. 1.

⁹³⁰ Voir *BGH*, 17 juill. 2003, I ZR 259/00 - *Paperboy* : GRUR 2003, 958 et s.

⁹³¹ *Störerhaftung*.

⁹³² Voir *BGH*, Urteil vom 14.10.2010 – I ZR 191/08 *AnyDVD* : GRUR 2011, 513-517.

⁹³³ O. JANI, F. LEENEN, Anmerkung zum *CJUE* Urteil v.13.2.2014, C-466/12, *Zulässige Verlinkung auf frei zugänglich veröffentlichte Artikel- Nils Svensson ua/Retriever Sverige* : GRUR 2014, 360- 363 (363).

⁹³⁴ TGI Saint-Etienne, jug. Corr. 6 décembre 1999, *SACEM* et autres c/ Roche et Battie, Com.comm. élec., juillet-août 2000, Comm. n°76, p.26, note Ch. CARON.

⁹³⁵ TGI Epinal, ch.corr., 24 octobre 2000, MP et SSCP c/ Conraud, Com.comm.élec. décembre 2000, Comm.n°125, note Ch. CARON.

contenant des œuvres contrefaisantes commettait le délit de contrefaçon par représentation, avait « caractérisé en tous les éléments, tant matériels qu'intentionnels, les délits dont elle a déclaré le prévenu coupable ». On doit cependant relever que l'essentiel des décisions françaises favorables à une telle qualification correspond à des situations dans lesquelles le site pointeur vise intentionnellement un site/des fichiers réalisant des contrefaçons d'œuvres.

La *CJUE* fait donc du consentement à la mise en circulation de l'œuvre une condition préalable à l'absence de contrôle des moyens subséquents à la mise en ligne, par lesquels l'œuvre est véhiculée vers le public. En effet, une fois qu'une œuvre a été librement et gratuitement mise en ligne, l'ayant droit ne peut s'opposer à ce que les tiers permettent l'accès à l'œuvre en ligne pour l'avenir. L'auteur perd alors la maîtrise du destin de l'œuvre. Peut-on oser parler d'un rapprochement avec la logique de l'épuisement⁹³⁶ des droits⁹³⁷, concernant la mise en ligne d'une œuvre ?

De manière simplifiée, la théorie de l'épuisement des droits désigne le phénomène suivant : certains droits de propriété littéraire et artistique ont vocation à s'épuiser après leur premier exercice. En effet, le droit communautaire ne tolère pas que les droits de propriété littéraire et artistique puissent être invoqués pour faire échec aux libertés communautaires dès lors que ces droits poursuivent une finalité qui n'est plus essentielle à la protection des droits de l'auteur et des droits voisins. Le mécanisme de l'épuisement du droit permet donc de faire prévaloir les libertés communautaires que sont par exemple la libre circulation des marchandises et des services. C'est pour cela, que l'épuisement s'applique traditionnellement aux droits exclusifs sous forme corporelle, comme par exemple le droit de reproduction, ou plus précisément le droit de distribution (ou pour raisonner en droit français, de la composante du droit de destination, correspondant au droit de distribution). En effet, la distribution des œuvres se faisait traditionnellement par le biais d'un support matériel. On peut prendre l'exemple de la vente de *CDs*. Dans ce cas, le droit sur l'œuvre musicale existe mais s'épuise dès lors que le *CD* a été vendu une première fois, afin de ne pas faire obstacle à la libre circulation des marchandises. Ce droit n'est donc plus exercé. Le titulaire perd alors le contrôle sur son œuvre, dès lors qu'elle a été mise en circulation...Peut-on dire par analogie que le titulaire de l'œuvre perd le contrôle sur celle-ci, dès lors qu'il a donné son consentement⁹³⁸ à la mise en ligne de son œuvre⁹³⁹ ?

La logique de consentement de la *CJUE* à laquelle est reliée la notion d'œuvre librement accessible semble autoriser une lecture *a contrario* de l'arrêt de la *CJUE*. Lorsque l'œuvre n'a pas été injectée licitement sur le réseau, *c'est-à-dire* sans consentement du titulaire de droit, le fait de lier vers l'URL où elle se trouve, constitue-t-il un acte de communication au public soumis à autorisation ?

⁹³⁶ Opinion également partagée par V.-L. BENABOU, *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public*, article publié le 16 février 2014 sur le site *internet Juriscom.net*, p. 5.

⁹³⁷ Traditionnellement, le droit de communication n'est bien sûr aucunement soumis à l'épuisement.

⁹³⁸ Ici le consentement n'est pas à comprendre au sens du droit civil du terme comme étant un accord de deux volontés, mais plutôt comme une autorisation unilatérale du titulaire de droit.

⁹³⁹ Ces développements très prospectifs aux conséquences importantes (puisque remettant substantiellement en cause la logique et la fonction des droits exclusifs en droit d'auteur) va faire l'objet de plus amples développements dans la deuxième partie de thèse. *Quid* de l'étendue de l'épuisement des droits, de la portée de l'affaire *usedSoft, CJUE*, Arrêt du 3.7.2012, C-128/11. Voir *infra*, Titre II, Chap. 1.

Dans le cadre de l'examen du pourvoi par la Cour suprême des Pays-Bas, dans l'affaire *GS Media BV contre Sanoma*, la Cour suprême considère « qu'il n'est pas possible de déduire avec un certitude suffisante, ni de l'arrêt du 13 février 2014, *Svensson* (C-466/12), ni de l'ordonnance du 21 octobre 2014, *Bestwater* (C-348/13) s'il y a « communication au public » lorsque l'œuvre a effectivement été publiée⁹⁴⁰ auparavant, mais sans l'accord du titulaire des droits d'auteur⁹⁴¹. Une interprétation *a contrario*, considérant qu'il y a un acte d'exploitation de communication au public, dès lors que le titulaire n'a pas autorisé la mise à disposition de l'œuvre sur *internet* ne semble pouvoir être déduit avec certitude de ces deux arrêts.

Reprenant les observations de *GS Media*, des gouvernements allemand, portugais, slovaque ainsi que de la Commission européenne, la *CJUE* précise dans l'arrêt *Sanoma*, que ce n'est pas parce que les titulaires de droit n'ont pas autorisé la publication sur *internet*, que les liens doivent automatiquement être qualifiés de communication au public⁹⁴². La *CJUE* souligne que les liens hypertexte contribuent au bon fonctionnement d'*internet*, qui revêt une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'art. 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁴³. Soucieuse de maintenir un juste équilibre entre d'une part les intérêts des titulaires de droits d'auteur et des droits voisins et d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs, dans un « environnement électronique » ou numérique, la *CJUE* ne tranche pas véritablement la question posée par la Cour suprême des Pays-Bas.

La réponse n'est pas claire. Une tendance peut néanmoins être dégagée.

Concernant un tiers ayant créé sur son site des liens hypertextes qui permettent d'accéder à des photographies, reproduites sans l'autorisation de leur auteurs, sur divers sites *internet* *c'est-à-dire* clairement contrefaisantes, la *CJUE* a, à l'encontre des conclusions de l'avocat général M.M. Wathelet⁹⁴⁴, reconnu l'application du droit de communication au public. L'arrêt *GS Media BV c/ Sanoma* est donc rassurant. Il est en effet constant qu'un lien, vers des œuvres illicites — *c'est-à-dire* reproduite sur un site en fraude des droits d'auteurs — est sanctionné⁹⁴⁵. Les conclusions de l'avocat *Wathelet* avaient suggérées⁹⁴⁶ qu'un site qui se contente de reproduire des liens vers des sites contrefaisants ne pourrait en soi faire l'objet d'un incrimination. Or, comme le souligne justement *Dormont*, une telle conséquence serait délétère : elle encouragerait des internautes peu scrupuleux à créer un modèle économique reposant sur la création de liens renvoyant à des sites contrefaisants, et ce en toute impunité.

Néanmoins, « la pertinence du lien causal » entre la prise en compte du critère « du consentement » du titulaire originaire des droits sur l'œuvre liée pour qualifier juridiquement l'acte d'utilisation de la pose d'un lien peut susciter des doutes. Par quel étrange

⁹⁴⁰ Des doutes subsistent quand à la signification de cette terminologie. S'agit-il de la divulgation d'une œuvre, ou de sa mise à disposition ?

⁹⁴¹ Arrêt *Sanoma*, n° 21.

⁹⁴² Arrêt *Sanoma*, n° 44.

⁹⁴³ Arrêt *Sanoma*, n° 44, 45, 31.

⁹⁴⁴ Conclusions présentées le 7 avril 2016 par l'avocat Melchior WATHELET.

⁹⁴⁵ Voir supra, les décisions déjà mentionnées.

⁹⁴⁶ Conclusions de l'avocat Melchior WATHELET, n° 88. « L'article 3, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc* [...] doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, le placement sur un site *internet* d'un hyperlien vers un autre site *internet* sur lequel les œuvres protégées par le droit d'auteur sont librement accessibles au public, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ».

retournement du seul fait de l'absence de consentement de l'auteur à cette première communication, l'hyperlien deviendrait-il un acte de communication au public ? La source licite de l'œuvre, que la Cour vient juste d'exiger comme condition d'admissibilité de l'exception de copie privée, accéderait-elle au statut de principe transversal du droit d'auteur ? La prise en compte de la licéité de l'objet en vue de qualifier juridiquement un acte d'exploitation est certes compréhensible d'un point de vue pratique, mais critiquable sur le plan dogmatique. En effet, cela revient à dire que la qualification juridique d'un acte d'exploitation dépend des caractéristiques de son objet. Or la qualification d'une exploitation ne peut dépendre des caractéristiques de son objet. En effet, cela revient à dire que lorsque l'œuvre est illicite alors la pose d'un lien s'analyse comme une exploitation, alors qu'au contraire, lorsque l'œuvre est licite, la pose du lien ne peut s'analyser comme une exploitation. Il y a donc une confusion des prérogatives.

Finalement, comment celui qui établit le lien pourrait-il déterminer le caractère illicite de l'œuvre ? C'est explicitement que la CJUE conçoit cette difficulté, puisqu'elle précise « qu'il peut s'avérer difficile, notamment pour des particuliers qui souhaitent placer de tels liens, de vérifier si le site *internet*, vers lequel ces derniers sont censés mener, donne accès à des œuvres qui sont protégées et, le cas échéant, si les titulaires des droits d'auteur de ces œuvres ont autorisé leur publication sur *internet* »⁹⁴⁷. C'est à juste titre que la Cour ajoute qu'une telle « vérification est d'autant plus difficile lorsque ces droits ont fait l'objet de sous-licences »⁹⁴⁸. Par ailleurs, le contenu d'un site *internet* peut bien sûr évoluer et inclure par exemple des œuvres protégées, sans que le poseur de liens ne dispose d'un contrôle effectif sur les contenus mis à disposition sur le site lié. Finalement, au vu de l'appréciation individualisée de l'existence d'une « communication au public » au sens de l'art. 3, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc*, la CJUE semble tenir compte de la circonstance selon laquelle, le poseur de liens « savait » ou ne « savait pas » que l'œuvre liée était publiée sans l'autorisation du titulaire de droits d'auteur⁹⁴⁹. Il est évident que tout poseur de liens, affirmera devant une juridiction, ne pas avoir su, que l'œuvre liée était publiée sans l'autorisation du titulaire de droits. Non seulement ce critère est difficilement applicable en pratique, mais en plus il repose sur une appréciation toute subjective du juge. Comment déterminer si le poseur de liens savait vraiment que les œuvres étaient illicites ou que l'auteur n'avait pas autorisé dans le cadre d'une licence, la mise à disposition des œuvres sur *internet* ? Il est clair qu'un poseur de liens, averti par les titulaires du droit d'auteur de l'illégalité de la « publication d'une œuvre en ligne »⁹⁵⁰ avait connaissance de l'absence de consentement de ce titulaire de droit. Que faire, si le poseur de liens se doutait que les œuvres étaient illicites, mais qu'il ne le savait pas assurément ? Comment départager le fait de « savoir » ou de « ne pas savoir » ? Que faire lorsque le poseur de liens, n'est pas une personne physique, mais un moteur de recherche ou un simple « intermédiaire technique » ? En somme, ce critère ne devrait pas être pris en considération pour qualifier un acte d'utilisation d'une œuvre.

Néanmoins, pour faciliter et vraisemblablement dans le but « d'objectiver » l'appréciation d'un tel critère (« savoir » ou « ne pas savoir »), la Cour retient le caractère lucratif de l'acte d'utilisation réalisé par le poseur de liens. Selon la Cour, dès lors que « le placement de liens hypertexte est effectué dans un but lucratif, il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas

⁹⁴⁷ Arrêt *Sanoma*, n° 46.

⁹⁴⁸ Arrêt *Sanoma*, n° 46.

⁹⁴⁹ Arrêt *Sanoma*, n° 47.

⁹⁵⁰ Arrêt *Sanoma*, n° 49.

illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte »⁹⁵¹. Dans ce cas, la CJUE présume que le placement du lien par le poseur de liens est intervenu en *pleine connaissance* de la nature protégée ou non de l'œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur *internet* par le titulaire du droit d'auteur. Pour la première fois, la Cour européenne propose la prise en compte d'une *présomption réfragable*, c'est-à-dire une présomption pouvant être combattue par la preuve du contraire⁹⁵². Par conséquent, en l'absence de la preuve du contraire, l'acte consistant à placer un lien hypertexte vers une œuvre illégalement publiée sur *internet* constitue une « communication au public », au sens de l'art. 3, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc*, puisque le poseur de lien avait pleinement connaissance de la mise à disposition de l'œuvre sur *internet*, sans autorisation du titulaire des droits d'auteur. Par conséquent, dès lors que des œuvres mises à disposition sur *internet* sont liées par des liens, en l'absence d'une autorisation de l'auteur, le poseur de liens, dès lors qu'il poursuit un but lucratif doit démontrer sa méconnaissance de l'absence d'autorisation de l'auteur. A défaut, cet acte pourra être qualifié de « communication au public ».

Comment le poseur de liens peut-il néanmoins démontrer sa méconnaissance de l'absence de consentement de l'auteur quant à la mise en ligne d'une œuvre, pour un public autre que celui envisagé par ce dernier, lorsque le poseur de lien contourne des mesures de restriction ? La CJUE dans l'arrêt *Sanoma* ne semble pas aller à l'encontre d'une qualification de communication au public de l'acte par lequel, le poseur de liens contourne des mesures de restriction⁹⁵³.

2- Une communication au public, dans le cas du contournement de mesures de restrictions ?

Dans le cas où le poseur de liens contourne des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée, dans le but de restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés⁹⁵⁴, le placement d'un tel lien constitue une action délibérée de la part du poseur de liens. La pose des liens, va donc à l'encontre du consentement du titulaire de droits ayant pris des mesures de restrictions et le poseur de liens a pleinement connaissance de ses actes. Par ailleurs, comme le soulignait déjà les juges du Luxembourg, dans l'arrêt *Svensson*⁹⁵⁵, le lien « constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées », lesquels utilisateurs forment un public nouveau, qui n'a pas encore été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale. C'est pourquoi, la qualification de « communication au public » d'un tel acte semble logique et elle est même suggérée dans l'arrêt *Sanoma*⁹⁵⁶, sans être explicitement prévue.

⁹⁵¹ Arrêt *Sanoma*, n° 51.

⁹⁵² Voir G. CORNU.

⁹⁵³ Arrêt *Sanoma*, n° 50.

⁹⁵⁴ Arrêt *Svensson*, n° 31. Et affaire *Sanoma*, n° 50.

⁹⁵⁵ Arrêt *Svensson*, n° 31.

⁹⁵⁶ Arrêt *Sanoma*, n° 50. Après avoir considéré que la fourniture d'un lien constitue une *communication au public*, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive *InfoSoc*, dès lors que le poseur de lien a été averti de la publication illégale d'une œuvre sur *internet*, puisque le poseur de lien a connaissance du fait que l'œuvre a été publiée sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur, la Cour considère *qu'il en va de même* dans l'hypothèse où ce lien permet aux utilisateurs du site *internet* sur lequel celui-ci se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée.

L'arrêt *Svensson*, au contraire, laisse planer le doute quant à la qualification de la « communication au public », de l'acte du poseur de lien, visant le contournement des mesures de restriction.

La solution juridique peut néanmoins paraître bancal, et l'arrêt *Svensson*, bien que plus explicite que dans le cas du consentement initial du titulaire de droit⁹⁵⁷, laisse pourtant planer le doute quant à la qualification de « communication au public », de l'acte du poseur de lien, visant le contournement des mesures de restriction.

En effet, la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre est ici tributaire de la manière dont l'œuvre a été mise à disposition sur le site cible. Or, une telle logique s'inscrit dans une rupture par rapport à la méthode habituelle caractérisant l'acte de communication au public. Comme le soulignait l'ALAI, le fait que le site de l'œuvre soit techniquement protégé ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification de l'acte de lien. C'est tout l'inverse de la solution proposée par la CJUE. Gare à celui qui laisse l'œuvre en libre accès, le lien lui échappe! Mais selon la CJUE, pour celui qui prend des mesures de restrictions, son choix de contrôle sera respecté.

Reste à savoir ce que désigne véritablement l'emploi de la terminologie « mesures de restrictions ». L'arrêt *Svensson* n'apporte pas de réponse, pas plus que l'arrêt *Bestwater* ou *Sanoma*. Suffit-il que l'accès au site soit subordonné à une procédure contractuelle pour satisfaire la jurisprudence de la CJUE ? Ou la Cour vise-t-elle des mesures techniques ? Sans doute ! Tel est le point de vue de M. Binctin dans le cadre des pré-rapports rédigés pour le congrès annuel de l'ALAI de 2015⁹⁵⁸. Une balise, un robot txt qui bloquerait la possibilité de faire un lien vers une œuvre ne saurait être ignoré... Un arrêt allemand déjà reconnaissait l'atteinte au droit d'auteur, lors du contournement de mesures techniques⁹⁵⁹. C'est pourquoi les commentaires en France considèrent que l'argumentation de la CJUE s'ancre dans une analyse très pragmatique et technique. Ici, le droit d'auteur devient presque résiduel, tant est déterminante la clé de l'accès, au sens technique du terme, à l'œuvre. C'est en effet la mise en ligne sans restrictions, notamment techniques, qui s'oppose à la caractérisation d'un public nouveau et donc d'une communication au public⁹⁶⁰. Dans les commentaires allemands au contraire, l'argumentation de la CJUE dans l'arrêt *Svensson* est décrite, comme prenant peu en compte les aspects techniques, et comme étant très liée à la volonté subjective du titulaire de droit.

Le juriste allemand ne peut s'empêcher de faire rapprochement avec un jugement de la Cour fédérale de justice concernant les vignettes images de *Google*⁹⁶¹. En effet, la Cour fédérale avait jugé dans son important arrêt *Vorschaubilder* du 29 avril 2010⁹⁶² que l'auteur qui met en ligne une œuvre protégée sans recours aux moyens techniques empêchant l'indexation

⁹⁵⁷ Arrêt *Sanoma*, n° 31.

⁹⁵⁸ Réponse du groupe français au questionnaire pour le congrès de l'ALAI 2015 à Bonn, *La rémunération de l'utilisation des œuvres, Exclusivité c. autres approches*. Les réponses ont été établies par T. AZZI, N. BINCTIN, A.-Ch. JEANCARD, FI-M. PIRIOU, V. TABARY, G. VERCKEN.

⁹⁵⁹ Cession ID.

⁹⁶⁰ V.-L. BENABOU, *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public*, article publié le 16 février 2014 sur le site *internet Juriscom.net*, p. 4.

⁹⁶¹ O. JANI, F. LEENEN, *Anmerkung zum CJUE Urteil v.13.2.2014, C-466/12, Zulässige Verlinkung auf frei zugänglich veröffentlichte Artikel- Nils Svensson ua/Retriever Sverige* : GRUR 2014, 360-363 (363).

⁹⁶² BGH, 29 avr. 2010, I ZR 69/08,- *Vorschaubilder*.

par les moteurs de recherche, consent implicitement (en allemand : « *schlichte Einwilligung* ») à son référencement par le service *Google Images* et à son affichage sous forme de vignettes⁹⁶³. Une solution, que la Cour fédérale a même réitérée dans un arrêt *Vorschaubilder II* du 19 octobre 2011, qui concernait une espèce similaire dans laquelle cependant l'œuvre litigieuse n'avait pas été mise en ligne par l'auteur lui-même. Finalement, la caractérisation d'un nouveau public est plutôt liée à la volonté et au consentement du titulaire et non directement à la mise en œuvre de mesures techniques⁹⁶⁴. La mise en œuvre des mesures techniques est bien plus l'expression de la volonté du titulaire de droits.

De plus, le public qui entre en relation avec l'œuvre injectée de manière illicite sur le réseau n'a pas pu être anticipé par l'ayant droit. Par ailleurs, il semble que le fait que la nouvelle localisation de l'œuvre, qui se produit sur un site différent de manière illicite, ne saurait « blanchir » le lien qui pointe vers cette ressource et non vers le site où l'œuvre est licitement disponible⁹⁶⁵.

Pour conclure, contrairement à ce qu'avait envisagé le comité exécutif de l'ALAI, la qualification d'un hyperlien n'est pas indifférente au fait de savoir si l'œuvre a été injectée de manière licite ou illicite sur le réseau.

C- Le caractère lucratif, un indice ?

Le constat qu'un lien capture la „valeur“ d'une oeuvre entraîne-t-il nécessairement une atteinte au droit de communication au public? La réponse est négative. Ce n'est pas parce le placement d'un lien poursuit un but lucratif que la pose d'un lien sera automatiquement qualifiée de communication au public. En effet, comme pour tout acte d'utilisation d'une œuvre dans un environnement en ligne et comme le rappelle notamment les arrêts *Svensson* et *Bestwater*, un public nouveau est nécessaire pour qualifier cet acte de communication au public⁹⁶⁶.

A propos de l'arrêt *Svensson*, on pourrait croire que la CJUE signe une synthèse de sa jurisprudence antérieure en condensant les principales conditions de la définition de l'acte de communication au public ; on y fait référence à la notion de *communication*, à la notion de *public*, à la notion de *public nouveau*, à l'*acteur incontournable*. Il n'en est rien! Le fait que le lien soit réalisé à titre gratuit ou occasionne un gain pour celui qui l'opère n'est même pas examiné par la CJUE dans l'arrêt *Svensson*. Cette constatation suscite l'étonnement, car le caractère lucratif d'un acte est pourtant mentionné de façon récurrente dans la jurisprudence de la CJUE depuis l'arrêt *SGAE* (par exemple, dans les arrêts *Premier League*, *Del Corso*, *PPL*). De plus, on peut s'interroger sur le caractère lucratif de l'opération réalisée par le prestataire de référencement dans l'affaire *Svensson*. En effet, si le titulaire consent à „injecter“ son

⁹⁶³ Voir à ce sujet, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Lettre d'Allemagne* : Propr. intell. octobre 2012, n°45, p. 485-493 (493) ; et aussi, T. DREIER et L. SPECHT, *Lettre d'Allemagne* : Propr. intell. juillet 2010, n°36, p. 914-927 (918).

⁹⁶⁴ Voir aussi O. JANI, F. LEENEN, Anmerkung zum CJUE Urteil v.13.2.2014, C-466/12, *Zulässige Verlinkung auf frei zugänglich veröffentlichte Artikel- Nils Svensson ua/Retriever Sverige* : GRUR 2014, 360- 363 (363).

⁹⁶⁵ V.-L. BENABOU, *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public*, article publié le 16 février 2014 sur le site *internet Juriscom.net*, p. 6.

⁹⁶⁶ Arrêt *Sanoma*, n° 52.

œuvre sur le réseau, il prend le risque que personne ne puisse gagner de l'argent, en relayant les internautes vers la ressource sans pouvoir exiger de bénéficier de ce gain. Les agrégateurs de liens et les moteurs de recherche pourront ainsi continuer leur activité, sans s'embarrasser d'autorisations préalables⁹⁶⁷. L'arrêt *Sanoma* est *a priori* plus explicite. En effet, le critère lucratif semble⁹⁶⁸ être un indice permettant d'exiger du poseur de liens de réaliser les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'oeuvre vers laquelle il pointe n'a pas été publiée illégalement. En aucun cas, la poursuite d'un but lucratif par le poseur de liens n'entraîne automatiquement l'existence d'une exploitation.

Dans un contexte *online*, à ce jour, il semble que le critère lucratif ne présente pas de caractère décisif pour la mise en jeu du droit exclusif. Dans l'affaire *ITV Broadcasting*, le caractère lucratif est également considéré comme indifférent⁹⁶⁹. Par conséquent, ce critère connaît une intensité variable dans le *processus* de qualification de l'acte de communication au public: le caractère lucratif était considéré comme important dans les décisions *Del Corso et PPL* à propos du droit à rémunération en matière de radiodiffusion des phonogrammes, dans un contexte *hors ligne*.

Ainsi, la voie sur laquelle s'engage la Cour de justice est périlleuse, car elle introduit une distinction qui fragilise le champ d'application du droit d'auteur dans son ensemble⁹⁷⁰. La notion de communication au public est floue dans ses contours et on ne saisit pas son contenu! L'exigence de la preuve du caractère lucratif de l'acte constitue une restriction au domaine d'application des droits exclusifs au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* de nature à faire obstacle à une exploitation normale des œuvres et des objets protégés. En témoigne le fait que certains actes de mise à disposition extrêmement préjudiciables, particulièrement dans la phase de première exploitation des œuvres cinématographiques, sont souvent commis par des « délinquants » animés par des motifs autres que lucratifs, notamment la recherche d'une notoriété vis-à-vis d'autres internautes. Si la Cour en venait tout de même à faire du caractère lucratif un critère de qualification, la conséquence qui en découlerait serait que l'Etat membre, au nom de l'harmonisation maximale en droit d'auteur, ne pourrait plus absorber un acte opéré à titre gratuit dans sa sphère du droit exclusif.

Ainsi, la Cour devrait rompre avec la technique de pondération des indices qui lui permettait jusque présent d'adapter la notion de communication au public à des hypothèses variables, source d'incertitudes juridiques.

⁹⁶⁷ V.-L. BENABOU, *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public*, article publié le 16 février 2014 sur le site *internet Juriscom.net*, p. 4 et p. 9.

⁹⁶⁸ Arrêt *Sanoma*, n°51. L'arrêt précise bien qu'il « peut être » attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'oeuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte [...].

⁹⁶⁹ Arrêt *ITV Broadcasting*, n°41 à n°44.

⁹⁷⁰ Voir à ce propos, *le rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique CSPLA*, p. 40.

Section 2- Réception de la jurisprudence en France et en Allemagne

Après un bref rappel de l'apport général de la jurisprudence de la CJUE (§ 1), on envisagera sa réception en Allemagne et en France (§ 2).

§ 1- Apport général de la jurisprudence de la CJUE, a propos de la notion de communication au public dans un contexte en ligne

La jurisprudence de la CJUE réussit-elle à trouver un équilibre entre les tenants de la „liberté de lier“ et ceux qui entraînent la paralysie des échanges sur le *net* en défendant de manière catégorique toute pose de liens ? (A) Même si cet équilibre était atteint, la jurisprudence de la CJUE reste imprécise et incomplète (B).

A- Vers un équilibre des intérêts ?

Après avoir constaté une inversion de perspective (1), il est nécessaire de rechercher un équilibre (2).

1- Inversion de perspective

Au vu des développements précédents, il semble qu'un titulaire qui ne veut pas qu'un lien soit opéré vers son œuvre doit s'y opposer de manière active, que cette opposition soit juridique ou technique. Il s'agit là d'une remise en cause radicale de la fonction même du droit d'auteur, de sa justification et de sa mise en œuvre! Traditionnellement et particulièrement en France, « le droit d'auteur est centré sur la personne de l'auteur, dans la ligne jusnaturaliste des lois révolutionnaires »⁹⁷¹. La conception française personnaliste implique une hiérarchie des intérêts favorable par principe à l'auteur. C'est pourquoi la protection du droit d'auteur n'est subordonnée à aucune formalité. Ce principe est repris par l'art. L.111-1, alinéa 1^{er}, qui dispose que l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit d'un monopole « du seul fait de sa création ». Il en va de même en droit allemand, qui prévoit à l'art. 7 UrhG de la loi sur le droit d'auteur, que l'auteur est le créateur des œuvres⁹⁷². Par conséquent, « le droit d'auteur s'oppose ici aux droits de propriété industrielle, dont la naissance est liée à une manifestation de volonté »⁹⁷³. C'est tout particulièrement l'*arrêt Svensson* qui a remis en cause cette logique, en obligeant l'auteur d'une œuvre à manifester sa volonté dans le but de jouir d'un monopole. En effet, en l'absence de mesures restrictives, le titulaire ne peut exercer son monopole, puisque la pose d'un lien par un tiers envers cette œuvre ne nécessite pas son autorisation.

⁹⁷¹ Voir à ce propos, TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 39, numéro de paragraphe 32.

⁹⁷² Traduction libre de l'allemand. § 7 UrhG : *Urheber ist der Schöpfer des Werkes (Schöpferprinzip)*.

⁹⁷³ Voir à ce propos, TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 59, numéro de paragraphe 43, Absence de formalisme.

D'une manière générale, existe-t-il en quelque sorte une présomption d'autorisation ou une forme de licence implicite et automatique (en allemand: *schlichte Einwilligung*⁹⁷⁴) pour tout auteur mettant son oeuvre en ligne? L'arrêt *Sanoma* n'apporte pas de réponse. En effet, Cet arrêt ne se place que du point de vue du poseur de liens. Selon M. Strowel⁹⁷⁵, il faut considérer que le simple fait de rendre disponible un contenu sur un site *web* et de participer ainsi à cet immense forum qu'est *internet*, suppose que l'on accepte le principe que les autres s'y réfèrent : il y a en quelque sorte, à travers la participation au processus de communication en ligne, une autorisation tacite de se référer au contenu mis sur un site du réseau (mais non pas de copier en tout ou en partie ce site). Par conséquent, une autorisation expresse de la part du poseur de liens ne doit pas être demandée. Une telle analyse a d'ailleurs été confirmée par la CA de Düsseldorf dans un cas de cadrage⁹⁷⁶ (*framing*), à l'encontre duquel le demandeur soulevait le grief de concurrence déloyale. La cour d'appel a déclaré que « celui qui place des pages *web* sur *internet* doit tenir compte du fait qu'il peut y avoir des renvois (vers ses pages), et on peut supposer qu'il les a autorisés. L'accès à ces pages de l'extérieur, à savoir par des liens, permet une diffusion rapide et efficace. Quand les pages contiennent de la publicité, une telle diffusion fait partie du but recherché et sert les intérêts de l'annonceur»⁹⁷⁷. En fait, la reconnaissance de l'existence d'une licence implicite de pointage signifie que tout propriétaire de site *web* autorise tacitement les autres concepteurs de sites à établir une liaison. Ce sont donc ici les règles générales du droit des contrats qui s'appliquent.

Néanmoins, on peut tout à fait envisager que la licence tacite peut parfois faire l'objet de limitations : certaines découlent de la nature des liens qui sont établis, d'autres proviennent de l'apposition de mentions indiquant le refus de l'exploitant du site de voir son site lié à d'autres. Selon M. Strowel, un lien de surface peut être utilisé, mais non un lien en profondeur ni même un lien de cadrage ou un lien automatique. En effet, lors de l'établissement des liens en profondeur, l'internaute n'est pas confronté aux publicités figurant sur la page d'accueil, ce qui peut représenter un manque à gagner pour l'exploitant du site relié. En ce qui concerne les liens automatiques, il faut ajouter l'aspect « parasitaire » de cette technique. En effet, envers les visiteurs, le fournisseur d'un lien automatique externe donne l'impression que le document relié provient de son propre site. Il s'approprie le document hypertexte d'autrui et profite donc des efforts fournis par l'exploitant du site relié.

Peut-on envisager des mentions limitant l'autorisation implicite de lier?⁹⁷⁸ Quelle est alors la valeur juridique de ces mentions? Engagent-elles les internautes qui veulent établir un lien ? A-t-on à faire à un acte juridique unilatéral d'obligations ? Qu'en est-il lorsque l'interdiction ou la réserve quant à l'établissement de liens vers un site figure dans les conditions générales relatives aux services offerts par ce site ? Pour conclure, quelle que soit l'évolution de la jurisprudence concernant les limites à l'autorisation tacite d'établir un lien, il semble que la réponse à cette question ne peut être donnée qu'à la lumière du contexte technologique et que cette réponse peut varier dans le temps. Ainsi, il se pourrait qu'il soit très difficile à l'avenir de renverser une présomption d'autorisation tacite. En effet, il se peut très bien que celui qui

⁹⁷⁴ Comme dans l'affaire du *BGH*, 29 avr. 2010, I ZR 69/08 - *Vorschaubilder I*.

⁹⁷⁵ A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, juillet 2000, n°185, p. 3 à 153 (31).

⁹⁷⁶ Oberlandesgericht Düsseldorf, 29 juin 1999, disponible aux adresses : www.netlaw.de.

⁹⁷⁷ A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, juillet 2000, n°185, p. 3 à 153 (33).

⁹⁷⁸ Exemple de limitation : « *Please link to our site only through our homepage* ».

n'a pas utilisé de moyens techniques permettant d'empêcher ou de contrôler l'établissement d'un lien sera supposé avoir consenti à l'établissement des liens.

2- Recherche d'un équilibre

A première vue, les différentes solutions de la *CJUE* semblent sévères pour les ayants droit qui cherchent depuis des années le secours du droit pour être associés aux profits. On comprend néanmoins le souci de la *CJUE* de rendre une décision équilibrée, consacrant, d'une part, une large liberté de lier et, d'autre part, une possibilité pour les ayants droit d'organiser les modalités d'accès aux œuvres sur *internet*. Le fait pour les ayants droit d'utiliser des moyens techniques pour restreindre l'accès à leurs œuvres constitue un moindre mal.

On retrouve un tel équilibre dans l'argumentation développée par le *Forum sur internet* qui estime que l'interprétation des tenants d'une liberté de lier sans restriction était excessive parce qu'elle ne tient pas compte du fait que certains types de liens ne permettent pas seulement de naviguer de site en site, mais donnent au contraire la possibilité de s'approprier la création et le travail d'autrui. Tel est le cas de certains liens profonds, pointant directement vers un fichier précis ou des liens qui permettent d'inclure une œuvre au sein d'une page *web* qui s'approprient un contenu et/ou, par le résultat qu'ils cherchent à atteindre, détournent le mode d'exploitation de l'œuvre initialement prévu par le titulaire de droit⁹⁷⁹. Doit-on critiquer le fait que la *CJUE* n'effectue pas de distinctions entre les différents types de liens et considère que sa solution est également transposable aux cadrages ou au *frame* ? Faut-il distinguer les liens suivant la technique utilisée ? Cette solution ne semble pas judicieuse, tant la distinction entre les différents types de liens semble poreuse en raison de l'évolution des technologies.

Il est étonnant de constater que cet argument ne soit nullement évoqué par les juges de Luxembourg. Or, au vu du considérant 27 de la directive *InfoSoc*, la simple fourniture d'installation destinée à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public. Ceci est d'autant plus regrettable que l'argument qui consiste à considérer qu'un hyperlien ne met pas l'œuvre elle-même à la disposition des internautes, mais permet seulement à ces derniers d'y accéder plus facilement est aussi convaincant. En effet, la mise en ligne du contenu d'un site est décidée par le propriétaire de celui-ci et la création de tout hyperlien ne fait que prolonger l'acte initial de la mise à disposition au public.

A l'appui de cette thèse, M. Strowel et M. Ide⁹⁸⁰ soutiennent également l'argument que la fourniture d'un hyperlien n'équivaut pas à une communication au public dans le sens des traités de l'*OMPI* du 20 décembre 1996. Selon eux pourtant, il n'y a pas vraiment de prolongation de l'acte initial. L'œuvre étant déjà disponible à l'adresse *web* du site relié au bénéfice de l'ensemble de la communauté des internautes, il ne peut être question d'une nouvelle mise à disposition au public. En effet, le lien n'élargit pas le public de l'œuvre : ceux qui vont avoir accès à l'œuvre suite à l'activation du lien pouvaient aussi directement consulter cette page (à condition d'en connaître l'URL). Juger qu'il y a une nouvelle communication au public ne paraît pas justifiée (et causerait des difficultés importante en terme de gestion de ce droit). C'est vraisemblablement précisément pour des raisons pratiques, que les juges de

⁹⁷⁹ Pour une description détaillée des différents types de liens, voir A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, juillet 2000, n°185, p. 3 à 153.

⁹⁸⁰ A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, juillet 2000, n°185, p. 3 à 153.

Luxembourg n'ont pas qualifié la pose d'un lien comme constituant une communication à un public *nouveau*.

Pour conclure, la logique du *tout* ou *rien* n'apporte pas de réponse constructive. Par conséquent, c'est bien une approche casuistique, nécessitant l'analyse juridique de chaque cas particulier qui semble la plus prometteuse⁹⁸¹. La recherche d'un équilibre et d'une mise en balance entre la liberté d'expression, cher au défendeur de la liberté de lier, d'une part, et les défendeurs d'un droit de propriété ou d'un monopole, d'autre part, est un exercice délicat. Il n'est pas évident de trancher qui du juge ou du législateur est le plus à même de contribuer à une plus grande sécurité juridique dans le domaine de la qualification juridique des liens.

B. Jurisprudence imprécise et incomplète

Certaines questions restent en suspens. Peut-on être tenu responsable pour avoir établi un lien vers un site qui contient du contenu illicite? Y-a-t-il atteinte au droit d'auteur, y-a-t-il contrefaçon? La réponse est complexe.

Comme dans le cas du *streaming*, le premier et principal responsable est l'exploitant du site relié ou visualisé, contenant le contenu illicite. Mais en droit commun de la responsabilité civile, l'existence d'une responsabilité dans le chef de l'auteur principal d'une infraction (l'exploitant du site relié) n'exclut pas une possible responsabilité dans le chef de son complice (le fournisseur de lien). L'éventuelle responsabilité du créateur du lien serait ici seconde, car il y a déjà, indépendamment du lien, violation des droits d'un tiers⁹⁸². La responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes est donc due à *l'écho particulier* que le lien donne au contenu illicite et pas au contenu en lui-même⁹⁸³. Pour pouvoir condamner le poseur de liens, il faudrait donc admettre une *complicité* du créateur de liens⁹⁸⁴. Néanmoins, considérer que la pose d'un lien atteint un nouveau public, revient à apprécier la pose d'un lien comme un acte de contrefaçon à part entière⁹⁸⁵. Il ne s'agit alors plus d'une simple complicité. Cette situation interpèle, car le poseur de lien ne dispose pas d'un contrôle sur l'œuvre. Deux questions se posent alors. Tout d'abord, dans quelle mesure le lien renvoie-t-il à un contenu illicite? Ensuite, qui véritablement pose le lien?

Premièrement, le lien renvoie clairement à des œuvres illicites lorsque des œuvres protégées par le droit d'auteur sont diffusées en ligne sans autorisation de l'ayant droit. Il en est de même lorsque le lien pointe vers des propos diffamatoires ou injurieux ou encore vers

⁹⁸¹ Voir à ce propos le rapport du CSPLA, p. 19.

⁹⁸² V. VARET, *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes*, Légipresse, n°196, Novembre 2002, p. 139 (145).

⁹⁸³ T. CHIOU, *Streaming et droit d'auteur, Analyse des enjeux juridiques de la diffusion en streaming des œuvres protégées, sous la lumière du droit d'auteur français*, Editions universitaires européennes, 2010, p. 45.

⁹⁸⁴ A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, juillet 2000, n°185, p. 3 à 153 (101).

⁹⁸⁵ G. SPINDLER, *Das Ende der Links: Framing und Hyperlinks auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung?* : GRUR 2016, 157 (159). Spindler utilise la terminologie de « *originäre Tathandlungen* » (contrefaçon à part entière), au lieu de la terminologie de « *Teilnahmehandlungen* » (simple complicité).

l'image d'une personne diffusée sans son autorisation⁹⁸⁶. Que se passe-t-il au cas où le site vers lequel une personne a établi un lien est parfaitement légal au moment de l'établissement de ce lien, mais que des modifications du contenu, intervenues après l'établissement du lien rendent ce contenu illégal ?

Un exemple tiré de la jurisprudence allemande permet d'apporter quelques éléments de réponse. Dans une affaire introduite au pénal⁹⁸⁷, le parquet allemand a poursuivi Mme A. Marquardt pour avoir établi un lien avec un magazine d'éco-terrorisme en ligne, interdit en RFA après avoir publié un art. contenant les instructions à suivre pour saboter les voies ferrées. Selon le parquet, la création du lien était assimilée à un acte de diffusion de textes illicites. La prévenue ayant mis en place le lien avant que ne paraisse l'art., l'action publique n'avait pas abouti en l'espèce. Le tribunal a alors apprécié si la prévenue avait commis une faute pénale en s'abstenant de vérifier périodiquement le contenu vers lequel renvoyait son hyperlien. Peut-on raisonnablement demander au poseur de lien d'exercer un contrôle sur le contenu lié ? N'est-ce pas une obligation très lourde à la charge du poseur de liens ? Comment déterminer la périodicité⁹⁸⁸ selon laquelle quelqu'un serait tenu de vérifier le contenu des sites avec lesquels il a établi des liens ?

Faut-il établir que la personne créant le lien avait *connaissance* de la nature illicite du contenu du site lié ? Généralement, la bonne foi est présumée. Par conséquent, cette présomption devrait exonérer le créateur de liens de toute responsabilité. L'arrêt *Sanoma* souligne également qu'une personne, « tout en mettant ladite oeuvre à la disposition du public, en offrant aux autres internautes un accès direct à celle-ci [...] n'intervient, *en règle générale*, pas en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à des clients un accès à une oeuvre illégalement publiée sur *internet* »⁹⁸⁹.

A l'inverse, celui qui crée un lien hypertexte vers des ressources qu'il sait contrefaisantes devrait être sanctionné, car il contribue à leur diffusion en pleine connaissance de cause. UN rapprochement est ici possible avec l'arrêt *Sanoma*, qui dispose que « lorsqu'il est établi qu'une telle personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une oeuvre illégalement publiée sur *internet* [...], il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une « communication au public ». Un raisonnement similaire a été retenu par le tribunal de grande instance en France à Epinal⁹⁹⁰, en matière correctionnelle. La contrefaçon y est retenue, car les magistrats ont pris soin de caractériser l'élément *intentionnel* de l'infraction.

A deux reprises, le créateur de liens a été informé de l'illécité des fichiers. De plus, il a eu la maladresse de faire figurer sur son site un avertissement qui, loin de le disculper, établissait qu'il avait parfaitement conscience du caractère illicite des ressources vers lesquelles il renvoyait ! En pratique, il est clair que la question de la connaissance par le créateur du lien du caractère illicite ou licite relève de la *zone grise*⁹⁹¹. Le créateur de liens savait-il, aurait-il dû savoir ou non ? Selon M. Varet, c'est au demandeur, dans le procès pour contrefaçon d'établir

⁹⁸⁶ V. VARET, *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes*, Légipresse, n°196, Novembre 2002, p. 139 (145).

⁹⁸⁷ AG Tiergarten, 30 juin 1997 : MMR, 1998/1

⁹⁸⁸ A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, juillet 2000, n°185, p. 3 à 153 (125).

⁹⁸⁹ Arrêt *Sanoma*, n°48.

⁹⁹⁰ TGI Epinal, ch. corr., 24 oct. 2000, CCE déc. 2000, 19, obs. C. CARON.

⁹⁹¹ V. VARET, *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes*, Légipresse, n°196, Novembre 2002, p. 139 (146).

que le créateur du lien connaissait ou ne pouvait ne pas connaître le caractère contrefaisant de la ressource reliée⁹⁹².

Deuxièmement, qui véritablement entre le poseur de liens, c'est-à-dire entre le consommateur internaute, et l'intermédiaire (considéré autrefois comme un intermédiaire technique) pose le lien? Peut-on engager la responsabilité d'un moteur de recherche? Peut-on considérer qu'un intermédiaire qui pose un lien se comporte comme un simple intermédiaire technique? On retrouve cette même interrogation à propos de l'affaire des vignettes images de chez Google⁹⁹³.

Comment cette jurisprudence de la CJUE, pleine de rebondissements a-t-elle été réceptionnée à ce jour par les juridictions nationales?

§ 2- Réception de la jurisprudence

Une analyse de la réception directe de la jurisprudence *Bestwater* par les juridictions allemandes précèdera une analyse de la jurisprudence française

A- Réception directe en Allemagne

Bien que la CJUE ait rendu son ordonnance *Bestwater* en 2014⁹⁹⁴, l'arrêt de renvoi de la Cour fédérale de justice « *die Realität II* »⁹⁹⁵ est loin de mettre fin à la discussion controversée de la qualification juridique d'un lien en « *transclusion* » ou d'un *framing*. Au contraire, l'arrêt du BGH soulève plus de question qu'il ne donne de réponses. Des questions de principe voient le jour et la jurisprudence antérieure, liée aux moteurs de recherche, est remise en cause.

1- Présentation de l'arrêt *Die Realität II*

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ Voir par exemple: BGH, Urteil vom 29. April 2010 – I ZR 69/08 (VorschauBilder).

⁹⁹⁴ Pour une analyse de l'ordonnance *Bestwater*, voir notamment : note sous arrêt de J.-M. BRUGUIERE, *Liens hypertextes – Framing– Communication au public* (non) : PI, janv. 2015, n°54, p. 51; F. POLLAUD-DULIAN, *Communication au public. internet. Liens. Transclusion ou « framing »* : RTD Com. 2014, p. 808; G. SCHULZE, *Svensson, Bestwater und Die Realität – Ist Framing nun grundsätzlich zulässig?* : ZUM 2015, 106; Anm. Ch. SOLMECKE, *Öffentliche Wiedergabe durch Framing – Bestwater International* : MMR 2015, 46; N. DIETRICH, *Keine öffentliche Wiedergabe durch Einbettung eines geschützten Werkes in Website durch internet-Link und Framing – Bestwater International/Mebes und Potsch* : GRUR-Int. 2014, 1160.

⁹⁹⁵ BGH, I ZR 46/12, 9. Juli 2015, *Die Realität II* = GRUR 2016, 171. Pour une analyse voir seulement : H. HABERSTUMPF, *Anbieten fremder geschützter Inhalte im internet* : GRUR 2016, 763 ; Anm. F.M.MICHL, *Urheberrechtliche Zulässigkeit des so genannten « Framing » – Die Realität II* : LMK 2016, 376535 ; Anm. N. DIETRICH, BGH : *Urheberrechtliche Zulässigkeit des Framing – Die Realität II* : MMR 2016, 190 ; M. KOCH, *Framing von Youtube-Videos nur mit Zustimmung zulässig* : GRUR-Prax 2016, 16 ; G. SPINDLER, *Das Ende der Links: Framing und Hyperlinks auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung ?* : GRUR 2016, 157.

Aboutissant à la même conclusion que dans sa décision « *Die Realität I* », en reconnaissant une atteinte au droit de communication au public par la pose de liens en *transclusion*, le *BGH* développe cependant une argumentation différente. Tout d'abord, la Cour fédérale de justice juge inapplicable le droit de « mise à disposition » de l'art. 19 a UrhG lors de la pose d'un *frame*. Il faut approuver ce jugement, puisque seule la personne mettant initialement l'œuvre à la disposition du public sur un site *online* dispose d'un contrôle sur cette œuvre. Néanmoins, comme anticipant l'arrêt *Sanoma* ou *GS Media*, rendu en septembre 2016, le sénat de la Cour de justice fédérale de Karlsruhe souhaite reconnaître une atteinte au droit de communication au public au sens de l'art. 15 II UrhG, dès lors que le lien en *transclusion* porte sur des contenus mis originellement en ligne sans le consentement du titulaire de droit. Le sénat n'hésitera pas à retenir la solution déjà évoquée dans sa décision *die « Realität 1 »* selon laquelle, la pose d'un *frame* peut s'analyser comme une atteinte à un droit « innommé » de communication au public⁹⁹⁶.

Avant de retenir sa solution, le Sénat épluche soigneusement les arguments livrés par la *CJUE* dans l'ordonnance *Bestwater*, en portant plus particulièrement son attention sur les critères caractérisant la communication au public, au sens de l'art. 3 I de la directive *InfoSoc*, à savoir, la notion de *public* non présent au lieu d'origine de la communication, l'acte de communication. Concernant ce dernier, le *BGH* souligne que le poseur de lien doit avoir agi en pleine connaissance de cause – c'est-à-dire de manière délibérée – pour permettre au tiers d'avoir un « accès » aux œuvres, qu'ils n'auraient pas sans son intervention⁹⁹⁷. En ce sens, l'argumentation du *BGH*⁹⁹⁸ rejoint l'argumentation développée par la *CJUE* dans l'arrêt *Svensson* en ce que « le fait de fournir des liens cliquables vers des œuvres protégées doit être qualifié de « mise à disposition » et par conséquent, d'« acte de communication »⁹⁹⁹. De même, la prise en compte d'un nombre important de personnes¹⁰⁰⁰ ne pose pas de problème particulier au sénat du *BGH*, même si la notion de public présente des différences avec celle développée en droit allemand¹⁰⁰¹.

Ce qui est déterminant pour la qualification juridique par la *CJUE* de la pose de liens est le fait qu'un nouveau public soit atteint ou alors qu'un nouveau procédé technique se distinguant du procédé original soit utilisé, n'impliquant alors pas le recours au critère de public nouveau¹⁰⁰². Puisque dans l'ordonnance *Bestwater*, la Cour européenne a jugé que la pose d'un lien en *transclusion* d'une œuvre déjà mise à disposition sur *internet* ne constitue pas un nouveau procédé technique¹⁰⁰³, le critère de public nouveau prend toute son importance¹⁰⁰⁴. L'argumentation de la cour fédérale de justice repose précisément sur l'interprétation d'un nouveau public, atteint par l'acte du poseur de liens¹⁰⁰⁵. Justement, la *CJUE* ne reconnaît pas de public nouveau dans l'affaire *Beswater*, puisqu'elle précise que « certes, comme le relève la

⁹⁹⁶ *BGH* : GRUR 2016, 171, n° 11 – *Die Realität II*.

⁹⁹⁷ *BGH* : GRUR 2016, 171, n° 22 – *Die Realität II*.

⁹⁹⁸ *BGH* : GRUR 2016, 171, n° 23 – *Die Realität II*.

⁹⁹⁹ Arrêt *Svensson*, n° 20.

¹⁰⁰⁰ *BGH* : GRUR 2016, 171, n° 24 et s. – *Die Realität II*. Référence à l'arrêt *ITV-Broadcasting*, n° 32 ; arrêt *Svensson*, n° 21 ; arrêt *OSA*, n° 27, arrêt *SGAE/Rafael*, n° 38.

¹⁰⁰¹ Voir à ce sujet, M. LEISTNER : GRUR 2014, 1145 (1151). Référence aussi à l'arrêt *SGAE/Rafael* n° 40 ; et à l'arrêt *Svensson*, n° 21.

¹⁰⁰² Voir notamment *ITV-Broadcasting*

¹⁰⁰³ Arrêt *Bestwater*, n° 15 et n° 17.

¹⁰⁰⁴ Arrêt *Die Realität II*, n° 29 s.

¹⁰⁰⁵ Arrêt *Die Realität II*, n° 31 s.

juridiction de renvoi, cette technique [de transclusion] peut être utilisée pour mettre à la disposition du public une œuvre en évitant de devoir la copier [...] mais il n'en demeure pas moins que son utilisation n'aboutit pas à ce que l'œuvre en cause soit communiquée à un public nouveau »¹⁰⁰⁶. L'argumentation du *BGH* est différente, puisque selon la Cour fédérale de justice, un nouveau public est atteint, dès lors qu'un *frame* est posé vers une œuvre diffusée de manière illicite¹⁰⁰⁷. Certains auteurs allemands soulignent même que la pose d'un *frame* envers une œuvre illicite caractérise un nouvel acte de communication au public¹⁰⁰⁸. En effet, diffusée de manière illicite sur *internet* l'œuvre liée par un *frame* n'atteint pas un « nouveau » public non pris en compte par l'auteur, puisque en amont déjà l'acte initial de mise à disposition au public n'était pas voulu par le titulaire des droits.

2- Appréciation de l'arrêt *Die Realität II*

Ainsi, même si à première vue, l'argumentation développée par le *BGH* repose *a priori* sur les critères développés par la Cour de justice de l'Union européenne, les conséquences pratiques de l'arrêt du *BGH* ne sont pas à négliger. En effet, la portée de l'arrêt ne se limite pas aux cas des *frames*, mais influence aussi la qualification juridique de la pose des hyperliens, ou d'autres « services automatisés » réalisés par des moteurs de recherche, tel l'indexation de contenu dans le cadre des vignettes images *Google* par exemple, ou l'indexation d'œuvres au niveau des réseaux sociaux.

Concrètement, cela signifie que pour chaque poseur de liens, il faudra déterminer la licéité du contenu lié. En effet, dès lors que le contenu lié est illicite, l'internaute, selon la jurisprudence « *Die Realität 2* » atteint un nouveau public, et il y donc « communication au public ».

Or comment un internaute peut-il déterminer la licéité du contenu lié? La même question se pose également dans le cadre de l'application de l'exception de copie privée en France depuis l'ajout de ce critère. Par exemple, le poseur de liens va avoir des difficultés à déterminer, si une vidéo téléchargée sur la plateforme *youtube* a été mise en ligne de manière licite, puisqu'il ne connaît pas la teneur du contrat d'exploitation. Le titulaire de droits a-t-il autorisé la mise à disposition de son œuvre sur *internet*? Les conséquences à envisager ne concernent pas uniquement les questions de responsabilité, mais également les obligations de contrôle dues à une modification du contenu lié. Ces obligations de contrôle sont susceptibles d'entraîner des coûts de transaction importants.

Sur le plan dogmatique, on a déjà vu que la pose d'un lien entraîne la communication d'une œuvre à un nouveau public et que par là-même le poseur de liens devient « contrefacteur » à titre principal (et non plus par complicité), alors qu'il n'a pas de contrôle sur l'œuvre proprement dite. Peut-on transposer cette solution au *streaming* ?

A considérer que l'arrêt *Die Realität 2* soit un arrêt de principe, l'aspect important en pratique sera de déterminer l'étendue des précautions que doit prendre le poseur de liens.

¹⁰⁰⁶ Arrêt *Bestwater*, n° 18.

¹⁰⁰⁷ Arrêt *Die Realität II*, n°34.

¹⁰⁰⁸ Voir en ce sens aussi M. LEISTNER : GRUR 2014, 1145 (1154), O. JANI/F. LEENEN : GRUR 2014, 362 (363).

Celui-ci a vraisemblablement connaissance du caractère illégale de l'œuvre. Peut-on néanmoins exiger de s'informer au sujet de la teneur du contrat d'exploitation? Comment la jurisprudence *Sanoma* ou *GS Media* va-t-elle être réceptionnée en Allemagne? Dans le cas d'un contenu illicite, le poseur de liens sera vraisemblablement tenu pour responsable. Encore faut-il connaître la portée du mot « évident »¹⁰⁰⁹. On ne peut tout de même pas obliger le poseur de liens de vérifier sans cesse si les contenus liés restent les mêmes ou font l'objet d'une modification.

Une autre contradiction vient de la comparaison du statut d'un fournisseur d'hébergement ou de plateformes hébergeant du contenu mis en ligne par les utilisateurs eux-mêmes (*user generated content*) et du statut des poseurs de liens. Selon l'art. 14 de la directive E-Commerce, les fournisseurs d'hébergement bénéficient d'un aménagement de leur responsabilité, tandis que le poseur de lien serait responsable, à en croire l'arrêt « *Die Realität 2* » ; et ceci bien que la possibilité de poser des liens soit justement rendue possible par les intermédiaires. En réalité, les intermédiaires ne se limitent donc plus à un simple rôle technique, à une fonction purement passive et détachée du contenu des œuvres, mais constituent des acteurs non négligeables dont la responsabilité devrait être engagée. La reconnaissance éventuelle d'une part de responsabilité des intermédiaires ne se situe pas dans la droite ligne des textes internationaux.

Dans un souci de protection de l'utilisateur-internaute, on peut se poser la question de savoir si le titulaire ne devrait pas être obligé de donner une autorisation explicite quant à la possibilité pour les tiers de lier ou non ses œuvres. Le titulaire de droit subit-il un préjudice dès lors qu'il exprime de manière explicite ses intentions? Dans les faits, le droit de communication au public risque autrement de « s'épuiser ». Dès lors que des œuvres ont été mises en ligne de manière illégale, on ne pourra même plus parler d'un épuisement, puisque la première vente n'aura même pas été autorisée par l'auteur¹⁰¹⁰. Obliger le titulaire à « agir » dans le but d'exercer son droit va à l'encontre d'une compréhension traditionnelle du droit d'auteur, accordant une protection sans formalité. Néanmoins, il faut bien reconnaître que la possibilité pour le titulaire de droit de limiter l'accès à ses œuvres, lui « rend » un certain contrôle sur l'exploitation des œuvres mises en ligne. Une telle approche ne contredit pas forcément la jurisprudence allemande *Paperboy* et *Session-ID*.

Le *geo-blocking* fait l'objet de débats à l'échelle européenne. Une approche différenciée du public dans un monde *online* est à approuver. Le titulaire de droit est en mesure de prendre les devants sur le plan technique afin d'éviter que ses œuvres ne soient liées par des tiers. On retrouve donc exactement la même problématique dans l'affaire des *Vorschaubilder* en Allemagne. En 2010, la Cour fédérale de justice avait reconnu le consentement « implicite » du titulaire de droit vis-à-vis de la possibilité que ses œuvres soient indexées par le service *Google*. La tendance allait même jusqu'à reconnaître une sorte de « bonne foi » vis-à-vis de *Google*, tant le service *Google image* est nécessaire et utile dans la vie de tous les jours. Aujourd'hui, au contraire, il semble que la Cour fédérale souligne une possible limitation du consentement implicite. La décision rendue en 2010 est-elle conforme à la jurisprudence « *die Realität II* » ?

¹⁰⁰⁹ M. GRÜNBERGER, *Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken? Ein Beitrag zur Entwicklung dogmatischer Bausteine eines umweltsensiblen Urheberrechts* : ZUM 2015, 273-290.

¹⁰¹⁰ Voir notamment, en droit français, l'art. L.122-3-1 CPI.

Pour finir, l'arrêt *Die Realität II* reconnaît bien un droit « innomé » de « communication au public » dans le sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. Selon M. Spindler¹⁰¹¹, il n'est pas évident de savoir si une telle interprétation est conforme à l'art. 3. On peut néanmoins saluer le fait que le *BGH* n'ait pas posé une nouvelle question préjudicielle à la Cour européenne. En conclusion, le *BGH*, bien que respectant formellement l'argumentation de la CJUE, développe sa propre argumentation. Les doutes quant au fait de savoir qui du juge ou du législateur semble le plus à même pour résoudre la délicate question de la qualification juridique des hyperliens sont dissipés. Il semble de plus en plus que l'intervention du législateur soit demandée. Quelle est la solution? Faut-il intégrer une exception en faveur des hyperliens, auquel cas la définition des droits doit être large. Selon quel critère va-t-on distinguer les différents actes d'utilisation? Il semble que la solution réside dans la recherche des critères permettant de définir une exploitation.

B- Réception indirecte en France

En application de la jurisprudence de la *CJUE* sur le droit de communication au public, la cour d'appel de Paris considère que la création d'un lien hypertexte qui renvoie vers un objet protégé par un droit voisin, suppose l'autorisation du titulaire de droit, contrairement à l'hypothèse du lien renvoyant à une œuvre protégée par le droit d'auteur¹⁰¹². Les développements suivants sont consacrés à une brève présentation de l'arrêt (1) précédent son analyse (2).

1- Présentation de l'affaire SAS Playmédia/SA France Télévisions

L'arrêt de la CA de Paris du 2 février 2016¹⁰¹³ est très complet et aborde un grand nombre de questions liées notamment à l'articulation du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la communication audiovisuelle ou encore à l'interprétation du droit européen. L'arrêt est intéressant en ce qu'il met en œuvre la jurisprudence européenne à propos de la possibilité – en l'occurrence de l'impossibilité – de créer librement des liens hypertextes pointant vers des objets protégés par un droit voisin ayant préalablement été mis en ligne par des titulaires de droits.

En l'espèce, la société *SAS Playmédia* propose aux internautes un service de diffusion en direct, gratuit et sans abonnement, de programmes de chaînes de télévision¹⁰¹⁴ sur son site *www.playtv.fr* financé intégralement par l'affichage de publicité en « pré-roll »¹⁰¹⁵. La société *Playmédia* expose avoir négocié et signé des accords avec des chaînes de télévision privées qu'elle diffuse, afin de reverser à chaque éditeur une partie des recettes produites par la publicité en fonction du taux de consultation des programmes de chaque chaîne sur son site

¹⁰¹¹ G. SPINDLER, *Das Ende der Links: Framing und Hyperlinks auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung?* : GRUR 2016, 157.

¹⁰¹² S. DORMONT, *La mise en œuvre de la jurisprudence européenne sur le lien hypertexte par la Cour d'appel de Paris*, Observations, Dalloz IP/IT 2016, p. 196.

¹⁰¹³ CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., du 2 février 2016, n° 14/20444, *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, nommé ci-après « arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions* ».

¹⁰¹⁴ Arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, n°2 (renvoi aux numéros de paragraphe de l'arrêt).

¹⁰¹⁵ Il s'agit d'un *spot* publicitaire s'activant avant l'affichage de la chaîne sélectionnée. Voir aussi les observations sur l'arrêt de L. COSTES, *Lamy Droit du numérique* 2015, n°2329.

internet¹⁰¹⁶. Néanmoins, malgré de nombreuses tentatives¹⁰¹⁷, aucun accord n'a été trouvé entre *Playmédia* et les chaînes du groupe de *France télévisions*, que sont notamment *France 2*, *France 3*, *France 4*, *France 5*. La *SAS Playmédia* a cependant décidé de passer outre le refus d'accord opposé par la *SA France Télévisions*¹⁰¹⁸, et de proposer à ses internautes les programmes de *France Télévisions*, tout en saisissant le juge pour refus abusif du groupe de signer un contrat permettant la diffusion de ses programmes. La *SAS Playmédia* regrette-t-elle aujourd'hui cette saisine ?

Par un jugement du 9 octobre 2014, le tribunal de grande instance de Paris¹⁰¹⁹ a débouté *Playmédia* de ses demandes fondées sur le refus abusif de *France Télévisions* et, par ailleurs, lourdement condamné¹⁰²⁰ sur divers fondements¹⁰²¹ de contrefaçon des droits de *France Télévisions*. La condamnation de la société *Playmédia* à verser un million d'euros à la société *France Télévisions* pour avoir diffusé ses programmes sans son autorisation et en contrefaçon de ses droits d'auteur, de ses droits voisins, de producteurs de vidéo et de ses marques est confirmé par la cour d'appel de Paris. Les juges accueillent même la demande de *France Télévisions* fondée sur la concurrence déloyale qui avait été rejetée en première instance.

L'apport principal de l'arrêt réside dans le fait que des liens hypertextes ont été mis en place par la société *Playmédia*. En effet, la société a changé de technique pour proposer à ses internautes les programmes de *France Télévisions*. Avant le 20 novembre 2014, *SAS Playmédia* procédait à une captation et une rediffusion du signal hertzien ou satellite des chaînes du groupe. Suivant une qualification juridique classique de l'acte, il y a donc bien reproduction et représentation des programmes sans autorisation et donc atteinte au droit d'auteur, c'est à dire contrefaçon. La condamnation de la société *SAS Playmédia* par le TGI de Paris n'avait donc rien d'étonnant¹⁰²². Après le 20 novembre 2014, *Playmédia* a cependant mise en place des liens profonds pointant vers un site de *France Télévisions*, à savoir le site *Pluzz*¹⁰²³. *A priori*, ce changement technique n'est pas perceptible par les internautes¹⁰²⁴. L'analyse juridique de la pose d'un lien à l'aune de la jurisprudence de la *CJUE*¹⁰²⁵ aurait pu bouleverser l'approche et rendre licite la communication litigieuse. C'est vraisemblablement ce qu'espérait la *SAS Playmédia*. Les juges de la cour d'appel de Paris ne vont cependant pas suivre ce raisonnement.

2- Analyse de l'affaire *SAS Playmédia/ SA France Télévisions*

¹⁰¹⁶ Arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, n°2.

¹⁰¹⁷ Arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, n°3.

¹⁰¹⁸ Arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, n°3.

¹⁰¹⁹ TGI Paris, 3e ch. 1^{re} sect., 9 octobre 2014, n° 13/01249, *SAS Playmedia c/ Sté France Télévisions*.

¹⁰²⁰ Télévision – Rattrapage – Pas d'obligation de diffusion pour France Télévisions, note de D. BELOT, *Juris art.etc.* 2016, n°35, p. 11.

¹⁰²¹ Arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, n°4.

¹⁰²² P. TAFFOREAU, *Un an de droits voisins*, *Comm.com. électr.* 2015, chron. 9, n°11.

¹⁰²³ Arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, n°20.

¹⁰²⁴ P. TAFFOREAU, „Un an de droits voisins“, in *Comm. com. électr.* 2016, chron. 11, n°10.

¹⁰²⁵ Dès lors que certaines conditions sont réunies (par exemple: libre accessibilité du site-cible et vraisemblablement gratuité) le procédé de transclusion est jugé licite en droit d'auteur. Voir à ce sujet l'arrêt *Svensson* et l'ordonnance *Bestwater*.

La jurisprudence de la *CJUE* a peut-être inspiré la société *SAS Playmédia* qui a développé un modèle d'affaires faisant appel à des liens hypertextes à la fin de l'année 2014. La Société *Playmédia* soutenait vraisemblablement passer à travers les mailles du filet en évitant tout reproche fondé sur une atteinte aux droits de *France Télévisions*. Les développements précédents ont permis de montrer que l'arrêt *Svensson* admet (lorsque certaines conditions sont réunies¹⁰²⁶) la création d'un lien pointant envers une œuvre déjà disponible sur *internet*, sans qu'une autorisation de l'ayant droit ne soit requise. Ce même arrêt avait explicitement souligné l'indifférence du caractère simple ou profond du lien, comme c'est le cas pour le site de la société *SAS Playmédia*¹⁰²⁷.

a- Absence de réception des décisions *Svensson* et *Beswater*

Les affaires *Svensson* et *Bestwater* ont été analysées par la *CJUE* sous l'angle de l'art. 3 al. 1 de la directive *InfoSoc* prévoyant un droit de communication au public pour les auteurs.

Pour les faits postérieurs au 20 novembre 2014, la *SA France Télévisions* n'agit cependant qu'en contrefaçon de ses droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle, qui eux, relèvent du second alinéa de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. On comprend donc que les décisions *Svensson* et *Bestwater* ne soient pas applicables aux faits envisagés en l'espèce¹⁰²⁸.

b- Mise en œuvre de l'affaire *C-More Entertainment*

En revanche, la décision *C-More Entertainment*¹⁰²⁹ est pertinente et c'est elle que la cour d'appel va convoquer et mettre en œuvre. La cour d'appel de Paris se fonde sur une interprétation de l'art. L. 216-1 du CPI à la lumière de l'art. 3 al. 2 de la directive *InfoSoc*, tel qu'interprété par la *CJUE*¹⁰³⁰. Il est intéressant de noter que cette interprétation ne permet non pas de déterminer le contenu du droit de communication au public reconnu aux titulaires de droits voisins, mais plutôt de justifier la marge de manœuvre dont disposent les Etats¹⁰³¹. Contrairement au droit d'auteur¹⁰³², les droits voisins ont été harmonisés *a minima*, si bien que les Etats membres ont le loisir de prévoir dans leur législation interne une protection d'un niveau plus élevé que celui qui est ordonné par les directives. Or, justement, selon l'arrêt *C-*

¹⁰²⁶ Voir les développements consacrés à une interprétation *a contrario* de l'arrêt *Svensson*.

¹⁰²⁷ Arrêt *Svensson*, n°29.

¹⁰²⁸ Arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, n°21.

¹⁰²⁹ CJUE, 26 mars 2015, aff. C-279/13, *C-More Entertainment AB c/ Linus Sandberg*.

¹⁰³⁰ P. TAFFOREAU, „Un an de droits voisins“, in *Comm. com. électr.* 2016, chron. 11, n°10.

¹⁰³¹ S. DORMONT, *La mise en œuvre de la jurisprudence européenne sur le lien hypertexte par la Cour d'appel de Paris*, Observations, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 196.

¹⁰³² Référence à la question préjudicielle n°4 de l'arrêt *Svensson*, n° 33-41. Voir notamment n°37 qui dispose „Il s'ensuit que l'article 3, paragraphe 1 de la directive 2001/29 ne saurait être entendu comme permettant aux Etats membres de protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition“.

More rendu le 16 mars 2015¹⁰³³, les législateurs nationaux peuvent étendre le droit exclusif des organismes de radiodiffusion à l'égard d'acte de communication au public qui ne sont pas visés par l'art. 3, al. 2 d de la directive *InfoSoc*, tels que des transmissions de rencontres sportives réalisées en direct sur *internet*. La question se posait après cet arrêt, de savoir si la loi française avait réalisé pareille extension.

Par le présent arrêt, la cour d'appel de Paris répond par l'affirmative à cette question. En effet, il résulte de cet arrêt que la transclusion est soumise à l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle. Autrement dit, le droit interne peut élever le niveau de protection de ce droit voisin alors qu'il ne peut pas le faire s'agissant du droit d'auteur. La divergence qui en résulte est pour le moins dysharmonieuse. On peut souligner que la *CJUE* a elle-même dans son arrêt *C-More Entertainment* réservé la protection du droit d'auteur qui ne doit pas être affecté par l'extension des droits voisins. En l'état actuel de la jurisprudence, on retiendra donc que l'harmonisation des droits voisins par les directives n'empêche pas les législateurs des pays membres de l'Union européenne d'adopter une protection plus élevée alors que c'est la solution inverse qui prévaut en droit d'auteur. La cour d'appel reconnaît ainsi à la société *France Télévisions* le droit exclusif d'autoriser (ou d'interdire) « la mise à la disposition du public en ligne et à la demande de ses programmes, y compris par le recours à des liens profonds par la technique de la transclusion »¹⁰³⁴.

De plus, la cour d'appel souligne que « la notion de communication à un public nouveau, par le biais de liens profonds telle que définie par l'arrêt *Svensson* et l'ordonnance *Bestwater* ne s'applique pas à la protection des droits voisins des entreprises de communication audiovisuelle »¹⁰³⁵. Par conséquent, le public nouveau n'est pas un critère qui s'impose au titulaire d'un droit voisin qui a mis en ligne des programmes pour lesquels il est protégé. Le titulaire de droits voisins peut donc s'opposer par la suite à la création d'un lien vers ses programmes.

Pour conclure, la cour d'appel ne remet pas en cause la hiérarchie étrange entre le droit d'auteur et les droits voisins à laquelle procède la *CJUE* et qui accorde une protection plus étendue au titulaires de droits voisins. La cour d'appel de Paris ne questionne pas non plus la pertinence du critère de public nouveau.

Conclusion du chapitre II

Alors que l'arrêt *Reha Training* rendu en mai 2016 était porteur d'espoir d'une clarification et d'une consolidation de l'argumentation et des critères utilisés par la *CJUE*, l'arrêt *GS Media* rendu en septembre 2016 est venu bouleverser la situation, particulièrement dans le domaine de la qualification juridique des hyperliens.

La problématique des liens est complexe. La volonté de la *CJUE* qui consiste à rechercher une solution équilibrée est à saluer. D'une part, l'interdiction totale de la pose des hyperliens conduirait à un blocage de *l'internet*, alors que la consécration d'une liberté totale de poser des liens conduirait, d'autre part, le poseur de liens à s'accaparer toute la valeur des

¹⁰³³ Pour un commentaire de l'arrêt *C More Entertainment AB c/ Linus Sandberg*: voir note sous arrêt de J.-M. BRUGUIÈRE, PI, juillet 2015, n°56, p. 276; A. STROWEL, note sous l'arrêt *C-More Entertainment : Auteurs&Media*, 2015/2, p. 176.

¹⁰³⁴ Arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, n°22.

¹⁰³⁵ Arrêt *SAS Playmedia c/ SA France Télévisions*, n°22.

œuvres, tout le travail d'autrui. L'exercice n'est pas des plus évidents. L'équilibre recherché par la *CJUE* se traduit néanmoins par une argumentation juridique hasardeuse, remettant en cause les principes fondamentaux du droit d'auteur. Alors même que les solutions apportées par la *CJUE* dans les arrêts *Svensson*, *GS Media* et l'ordonnance *Bestwater* sont appropriées, la critique s'attache surtout à l'argumentation développée par la *CJUE*.

Pourquoi accorder de l'importance à un « mode technique spécifique » contraire à la « neutralité » technologique du droit d'auteur ? Pourquoi recourir au concept de « public nouveau » tiré d'un document interprétatif de la convention de Berne qui n'a pas de force obligatoire ? Pourquoi considérer que la « mise à disposition » dans l'arrêt *Svensson* ne constitue pas une communication au public, alors que la communication au public ne peut être réduite à une transmission ? L'arrêt *Svensson* soulève plus de question qu'il n'apporte de réponses ! Peut-on interpréter l'arrêt *Svensson a contrario* ? Y-a-t-il une communication au public, lorsque la pose d'un hyperlien permet de contourner des mesures techniques ou contractuelles de restriction, prises par le site source ? Comment analyser juridiquement la pose d'un lien envers une œuvre qui a initialement été mise à disposition *sans* l'autorisation du titulaire de droit ? Est-on alors en présence d'une communication au public ?

En soulignant l'importance de l'autorisation du titulaire de droit au sujet de la mise à disposition *online* d'une œuvre, la *CJUE* dans l'arrêt *GS Media* plaide plutôt en faveur d'une interprétation *a contrario* de l'arrêt *Svensson*. Néanmoins, l'argumentation de l'arrêt *GS Media* étonne en raison d'une nouvelle condition posée en matière de liens hypertextes. En effet, il semble que la « connaissance », par le poseur de lien, de l'absence d'autorisation au titre de la communication de l'œuvre effectuée sur le site source vers lequel le lien renvoie, soit déterminante pour qualifier l'acte d'utilisation de l'œuvre. Alors que l'élément intentionnel avait déjà été mis en avant, notamment dans l'arrêt *Marco del Corso*, puisque la *CJUE* avait évoqué l'intervention du dentiste « en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner accès à un objet protégé », un cap a manifestement été franchi avec l'arrêt *GS Média*, puisque l'élément intentionnel est désormais clairement relié à l'objet de la communication. Or, ni les directives *InfoSoc*, ni 2006/115, ni les traités de l'*OMPI*, ni la Convention de Berne ne contiennent une pareille exigence ! La *CJUE* s'écarte donc des principes, communément admis en droit d'auteur.

Conclusion du Titre I

L'analyse dans le titre I de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne au sujet du droit de communication au public montre, que les juges européens s'éloignent, dans leur interprétation de l'art. 3 de la directive 2001/29/CE et de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE, non seulement de la lettre du texte, mais aussi du sens communément alloué à ces dispositions, tout comme des solutions retenues sur le plan international.

Alors que la démarche même d'harmonisation de notions autonomes par la *CJUE* est à saluer, sa mise en œuvre est critiquable. L'analyse de nombreux arrêts de la *CJUE* n'a pas permis de dégager avec précision et certitude le contenu et les contours de la notion de communication au public. La jurisprudence de la *CJUE* est complexe, pour partie contradictoire et imprévisible. Ainsi, la *CJUE* propose de très nombreux critères dans le but de qualifier un acte de communication, dont la prise en compte est tantôt cumulative, tantôt alternative au grès des situations. Il s'en suit une impossibilité pour les professionnels du monde culturel,

mais aussi pour les médecins, les dentistes, les commerçants, d'anticiper les précautions à prendre et d'identifier l'attitude à tenir. Ce manque de sécurité juridique est d'autant plus regrettable que le droit de communication au public est l'un des droits le plus souvent mis en œuvre en raison notamment de l'essor du numérique et de la dématérialisation et de l'interactivité qui en résulte.

La doctrine et les professionnels des activités culturelles ne sont pas les seuls à ne pas pouvoir anticiper la jurisprudence de la *CJUE*. Appliquées à la lettre, les solutions dégagées par la *CJUE* sont susceptibles de remettre en question nombre de situations dans lesquelles la notion de communication au public paraissait pourtant acquise au regard du droit français et du droit allemand. C'est pourquoi, les juges nationaux, en Allemagne et en France, sont de plus en plus tentés par le fait de poser des questions préjudicielles à la *CJUE*. On ne peut donc pas considérer que celle-ci ait contribué avec succès à dégager un raisonnement à suivre, dans le but de permettre aux juridictions nationales de qualifier un acte d'utilisation d'une œuvre de communication au public.

Les développements du titre I ayant permis de constater que l'écart était grandissant entre le dispositif légal et l'interprétation qui en est fournie par la *CJUE*, la présente thèse soutient donc une intervention législative sur le plan européen et national. Au nom des principes démocratiques fondés sur la séparation des pouvoirs, il n'appartient pas au juge de créer le droit. C'est pourquoi le dernier chapitre de ce travail propose une amélioration *in concreto* des textes de lois. Il ne s'agit pas de recueillir le travail jurisprudentiel en le codifiant, mais plutôt de proposer un corpus d'articles cohérents, afin de garantir à nouveau une certaine prévisibilité quand au contenu et aux contours du droit de communication au public. Le législateur est-il également sollicité pour définir les contours et le contenu des droits d'exploitation sous forme corporelle ?

TITRE II- DROITS D'EXPLOITATION SOUS FORME CORPORELLE : REPRODUCTION ET DISTRIBUTION.

L'exploitation sous forme corporelle (*Verwertung in körperlicher Form*¹⁰³⁶) recouvre toutes les formes d'exploitation qui ont pour objet, de manière directe, l'original ou des copies de l'œuvre¹⁰³⁷. L'œuvre est contenue dans un objet corporel¹⁰³⁸, comme c'est le cas par exemple d'un livre, d'une photocopie, d'une cassette, d'un disque, d'une disquette, ou même, dans la mémoire électronique¹⁰³⁹. En droit allemand, l'exploitation sous forme corporelle recouvre le droit de reproduction au sens strict, le droit de distribution et le droit d'exposition. Ce droit d'exposition ne sera pas traité dans les développements suivants, pour plusieurs raisons. D'une part, le droit d'exposition est considéré en France comme étant un droit d'exploitation sous forme incorporelle, relevant du droit de représentation. D'autre part, le droit d'exposition n'est pas un droit harmonisé par la directive *InfoSoc*, car ce droit ne concerne pas en tant que tel, l'utilisation des œuvres dans un contexte numérique.

C'est pourquoi, l'exploitation sous forme corporelle concerne ici le droit de reproduction (Chapitre I) et pour reprendre la terminologie européenne, le droit de distribution (Chapitre II).

CHAPITRE I- DROIT DE REPRODUCTION

Le droit de reproduction est une prérogative essentielle du droit d'auteur¹⁰⁴⁰ qu'on retrouve dans tous les systèmes régulant le droit d'auteur¹⁰⁴¹. Abordé au sens strict du terme dans ce chapitre, le droit de reproduction exclut le droit de destination, le droit de location et le droit d'importation. Conçu à l'origine pour le livre, le droit de reproduction accueillera sans difficultés les phonogrammes ou le cinématographe¹⁰⁴². On verra que la fixation numérique sur *CD-ROM*, par transmission, téléchargement en ligne, par fichiers *MP3*... constitue également une reproduction¹⁰⁴³. Cependant, cette capacité d'adaptation¹⁰⁴⁴ du droit de reproduction aux technologies s'accompagne d'une évolution de sa signification.

Autrefois, les titulaires du droit de reproduction étaient souvent les imprimeurs. Par exemple, comme au temps de Johannes Gutenberg, l'imprimeur reproduit l'œuvre littéraire pour la faire connaître avec la finalité de la communiquer au *public*. Aujourd'hui, le simple visionnage par le moyen d'un ordinateur d'une œuvre présente sur un site *internet*, concerne le droit de reproduction, en raison des reproductions provisoires inhérentes au fonctionnement d'*internet*.

¹⁰³⁶ Voir § 15 abs. 1 UrhG.

¹⁰³⁷ Voir à ce propos aml. Begr., M. SCHULZE, p. 437.

¹⁰³⁸ G. SCHULZE, in : Dreier/Schulze, § 15, Rn.25, p. 254.

¹⁰³⁹ En allemand : elektronischer Speicher.

¹⁰⁴⁰ Voir *Green Paper on the Information Society* p.49.

¹⁰⁴¹ Voir A. OHLY in : E. Derclaye (éd), *Research Handbook on the future of EU Copyright* (2008), p. 212 s.

¹⁰⁴² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE.

¹⁰⁴³ Y. GAUBIAC, *Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur* : RIDA 1984, oct. 23, 1985, janv.107.

¹⁰⁴⁴ G. KOUMANTOS, *Le droit de reproduction et l'évolution de la technique* : RIDA 1978/4, n°98, p. 4.

Essayons tout d'abord de cerner les contours de la notion de « reproduction » ou de « reproduction en partie » (Section 1) qui obéissent à des principes généraux, mais ne permettent cependant pas toujours de régler certaines difficultés particulières liées à la notion de reproduction temporaire (Section 2) qu'il faudra donc examiner spécifiquement.

Section 1- Le principe: Notion de reproduction

On présentera d'abord la notion de reproduction telle qu'elle est interprétée au niveau européen, avant d'analyser les éléments constitutifs de cette notion sur le plan national.

§ 1- Notion de reproduction au niveau européen

Le texte de l'art. 2 de la directive *InfoSoc*, constituant pratiquement le « droit commun » au niveau européen. On évoquera d'abord la notion de reproduction telle que prévue par les textes européens, puis son interprétation et sa concrétisation en tant que notion autonome par la *CJUE*.

A- Contexte législatif européen

Le droit exclusif de reproduction est défini dans des termes pratiquement identiques au niveau de la directive relative aux « programmes ordinateurs »¹⁰⁴⁵, de la directive relative aux bases de données¹⁰⁴⁶ et de la directive *InfoSoc*¹⁰⁴⁷ comme constituant « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction *directe* ou *indirecte*, *provisoire* ou *permanente*, *par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit*, en *tout* ou en *partie* ». La seule différence entre ces trois versions tient à la formulation employée à l'art. 2 de la directive *InfoSoc*, qui rajoute les mots « direct et indirect ». En fait, il s'agit d'une clarification, qui apparaît déjà dans la définition du droit de reproduction, en faveur des titulaires de droits voisins, tel que défini dans la directive dite « prêt et de location » de 1992¹⁰⁴⁸. On comprend ici la volonté de consacrer un large droit de reproduction, déjà évoqué à l'art. 9 de la convention de Berne et confirmé par les considérants 9, 10 et 21¹⁰⁴⁹ de la directive *InfoSoc*. Un droit conçu en des termes large présente l'avantage de la flexibilité et englobe donc les nouveaux modes d'utilisation au gré des évolutions technologiques.

¹⁰⁴⁵ Article 4 (a), directive des programmes d'ordinateur.

¹⁰⁴⁶ Article 5 (a), directive des bases de données.

¹⁰⁴⁷ Article 2, directive de la société de l'information.

¹⁰⁴⁸ Article 7, directive prêt et de location.

¹⁰⁴⁹ Voir à ce propos la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, *considérant 9* : « Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un *niveau de protection élevé*, car des droits sont essentiels à la création intellectuelle [...] », *considérant 10* : « Une protection juridique *appropriée* des droits de propriété intellectuelle est nécessaire pour garantir une telle rémunération [...] », *considérant 21* : « La présente directive doit définir le champ des actes couverts par le droit de reproduction en ce qui concerne les différents bénéficiaires, et ce conformément à l'acquis communautaire. Il convient de donner à ces actes une *définition large* pour assurer la sécurité juridique au sein du marché intérieur [...] ».

Le droit de reproduction n'est pas à comprendre dans le sens d'un droit d'adaptation. S'inspirant du *WCT*, le droit d'auteur reconnaît un droit d'adaptation séparé, non prévu explicitement dans les textes. Finalement, au vu du texte des différentes directives européennes, on peut considérer que le droit de l'Union adopte une définition à peu près identique pour toutes les catégories de titulaires de droits, indépendamment de l'œuvre protégée ou de l'objet en question. Néanmoins, en ce qui concerne les titulaires de droits voisins, le droit de l'Union maintient la distinction héritée des conventions internationales, entre la première fixation et la reproduction de fixations¹⁰⁵⁰.

L'art. 9 de la convention de Berne ne distingue pas entre la première fixation et la reproduction de fixations. Ainsi, la notation d'une œuvre musicale constitue bien une reproduction : la matérialisation est bien une reproduction tout en constituant aussi la première fixation. Au vu de la formulation employée par les directives, la notion de reproduction décrite de manière plutôt technique que fonctionnelle est à comprendre dans un sens très large.

Cette notion centrale fait bien sûr l'objet d'une interprétation autonome et uniforme de la part de la *CJUE*.

B- Interprétation et concrétisation de la notion de reproduction par la CJUE

Revenons de manière plus précise sur la concrétisation de cette notion d'autonomie¹⁰⁵¹ à travers l'étude d'arrêts rendus par la *CJUE*.

Deux constellations peuvent être distinguées : premièrement, les questions préjudicielles concernant explicitement l'interprétation du droit exclusif de reproduction *per se* concernant l'art. 2 de la directive *InfoSoc*. Souvent, il s'agit alors de déterminer si l'utilisation d'une œuvre entre dans le champ d'application du droit d'auteur et peut relever ou non du droit de reproduction. Deuxièmement, il faut étudier les questions préjudicielles concernant l'application d'une exception facultative du droit de reproduction prévue par la directive *2001/29/CE*, tel que par exemple, l'exception de citation ou l'exception de copie privée. Dans ce cas, à première vue du moins, il semble que l'acte d'utilisation en question relève forcément du droit de reproduction et que le débat ne porte que sur l'interprétation de l'exception. Dans certains cas, toutefois, on peut se demander, si l'acte d'utilisation peut vraiment être qualifié de reproduction, ce qui entraîne une discussion sur l'interprétation à donner aux critères d'une reproduction.

1- Interprétation de l'art. 2 de la directive InfoSoc

¹⁰⁵⁰ Voir à ce propos, la directive prêt et location, art.6 (droit de fixation) et l'art.7 (droit de reproduction).

¹⁰⁵¹ n° 27 de l'arrêt « *Infopaq* » : « A titre liminaire, il convient de rappeler qu'il découle des exigences tant de l'APPLICATION uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition de droit communautaire qui, telles celles de l'article 2 de la directive 2001/29, ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté une interprétation autonome et uniforme (voir notamment, arrêts du 6 février 2003, « *SENA* », aff. C-245/00, Rec., p. I-1251, n° 23, et du 7 décembre 2006, « *SGAE* », aff. C-306/05, Rec., p. I-11519, n° 31). Voir à sujet, arrêt *Infopaq*, n° 27 à 29.

Qu'il s'agisse de comprendre la notion de reproduction ou reproduction en partie, la *CJUE* n'effectue pas de différence lorsqu'il s'agit d'interpréter les notions. Ainsi, l'affaire *Infopaq* traite de la reproduction en partie, et l'affaire *Murphy* de la reproduction.

a- Affaire *Infopaq*

Dans la décision *Infopaq*¹⁰⁵², la Cour était saisie de quinze questions préjudicielles posées par la Cour de cassation danoise, interrogeant la *CJUE* notamment sur l'interprétation de la notion de reproduction, des dispositions de la directive relatives à l'exception de copie provisoire transitoire et au triple test, dans le cadre d'un litige opposant la société *Infopaq* au syndicat professionnel des quotidiens danois. En l'espèce, la société *Infopaq* propose des services d'analyse de la presse écrite pour des clients qui pratiquent la veille stratégique. Le client choisit ses thèmes, qui sont traduits en mots-clés, et reçoit en retour une sélection d'extraits d'articles pertinents. Chaque extrait contient le mot-clé contenu dans l'article ainsi que les cinq mots qui le précèdent et les cinq mots qui le suivent (soit au total onze mots par extrait). L'ensemble des extraits est regroupé dans une synthèse envoyée au client par e-mail et imprimée sur support papier. Le procédé a alarmé une société de défense des droits des éditeurs de presse et le litige a conduit le *Hojesteret* danois à saisir la *CJUE* par voie préjudicielle. Aux termes de la directive, ces actes sont-ils des actes de reproduction soumis à l'autorisation des titulaires de droits sur les articles ? C'est par l'affirmative que la *CJUE* répond à cette question. Dans son arrêt, la Cour de justice livre donc sa vision du droit de reproduction, plus précisément de la notion de « reproduction en partie ».

On relèvera tout d'abord, sans développer ce point à ce stade, que les juges luxembourgeois ont considéré que l'interprétation sollicitée supposait un détour par la précision de l'objet des droits. Mais au terme de cette digression portant essentiellement sur la notion d'originalité, il apparaît que les enseignements relatifs à la notion de reproduction sont relativement réduits¹⁰⁵³.

La Cour de justice fait une lecture littérale et téléologique¹⁰⁵⁴ de l'art. 2 de la directive. Elle définit donc la notion de « reproduction », et celle de « reproduction en partie » au regard des termes et du contexte où les notions figurent ainsi qu'à la lumière des objectifs de l'ensemble de cette directive¹⁰⁵⁵. L'objectif principal de la directive, qui est « d'instaurer un niveau élevé de protection » en faveur notamment des auteurs¹⁰⁵⁶, conduit à une interprétation large de la portée de la protection conférée à l'art. 2, pour ces actes de reproduction. Dès lors, la « reprise d'un extrait qui comprend onze mots consécutifs » est susceptible de constituer une reproduction partielle¹⁰⁵⁷ d'une œuvre. La Cour renvoie à la juridiction nationale pour

¹⁰⁵² *CJUE*, 16 juillet 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08.

¹⁰⁵³ S. CARRE, *Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union*, in : Ch. Geiger [éd.], *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, Paris 2013, Collection du CEIPI, n°60, p.1 s.

¹⁰⁵⁴ MARINO, Laure, *Florilège de notions communautaires en droit d'auteur, à partir du droit de reproduction et de l'exception de reproduction provisoire* : JCPG2009, p. 272.

¹⁰⁵⁵ N° 32 de l'arrêt *Infopaq*.

¹⁰⁵⁶ Considérant 9.

¹⁰⁵⁷ N° 48 à 51 de l'arrêt *Infopaq*.

apprécier la condition d'originalité¹⁰⁵⁸ des onze mots, tout en notant avec bon sens que « l'accumulation » des extraits « accroît la probabilité » de protection¹⁰⁵⁹.

b- Affaire *Murphy*

En l'espèce la *Football Association Premier League* commercialise les droits de diffusion de matchs de football. Elle conclut ainsi des contrats de licence avec des radiodiffuseurs qui s'engagent tous à respecter une exclusivité territoriale stricte. Ils cryptent donc leur signal satellite afin que seuls leurs abonnés nationaux puissent accéder aux programmes. Il en résulte qu'un radiodiffuseur ne peut vendre une carte de décodeur à un téléspectateur qui souhaiterait accéder au programme dans un autre Etat membre. Pourtant, la désormais célèbre Mme Murphy avait acquis un décodeur et une carte permettant de décoder le signal auprès d'un radiodiffuseur grec qui commercialisait ces éléments moins chers que son homologue britannique. Le litige soulevait la question de savoir : faut-il faire prévaloir l'exclusivité territoriale des droits de télédiffusion ou, au contraire, privilégier la libre prestation de services au sein de l'Union européenne ? Très clairement, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'il fallait faire prévaloir la libre prestation de services. En d'autres termes, Mme Murphy peut continuer à se fournir auprès du radiodiffuseur grec. Si, pour parvenir à cette conclusion, la Cour de justice se fonde sur le droit d'accès conditionnel, sur la libre prestation de services, sur le droit de la concurrence et même sur les règles relatives à l'usurpation d'identité, elle utilise largement le droit de la propriété intellectuelle.

En premier lieu, la Cour devait dire si le droit de reproduction s'applique à la création de fragments d'œuvres transitoires dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision, fragments immédiatement effacés et remplacés par les fragments suivants. La Cour rappelle que le droit d'auteur protège les différentes parties d'une œuvre et pas uniquement l'œuvre prise dans son ensemble, mais à condition que les fragments considérés comprennent des éléments de la création originale (des caractéristiques originales de l'œuvre). On doit donc rechercher si les fragments qui existent à un moment donné contiennent ou non des éléments originaux de l'œuvre, peu importe le caractère éphémère de la reproduction de ces fragments (point 159). Une fois l'existence d'une reproduction admise, il faut se demander si cette reproduction est couverte par une exception.

2- Interprétation « indirecte » de l'art. 2 de la directive *InfoSoc*, par le biais de l'interprétation des exceptions.

Parallèlement aux arrêts de la *CJUE* répondant à une question préjudicielle posant explicitement la question de l'interprétation de la notion de reproduction, la *CJUE* évoque nécessairement la reproduction lorsqu'il s'agit d'interpréter les exceptions au droit de reproduction, tel que la copie privée par exemple.

Mise à part l'interprétation de l'art. 5. 1. de la directive *InfoSoc* traitant des actes de reproductions provisoires qui seront abordés dans les développements ultérieurs — ils ne

¹⁰⁵⁸ n° 47 de l'arrêt *Infopaq*.

¹⁰⁵⁹ n° 50 de l'arrêt *Infopaq*.

constituent pas une véritable exception — on peut distinguer deux exceptions dont l'application nécessite une interprétation de la notion de reproduction : il s'agit d'une part de l'exception de copie privée (a), et dans une moindre mesure de l'exception de citation (b). Souvent, dans le cadre d'une question en interprétation d'une exception, la qualification juridique d'un acte d'exploitation d'une œuvre en tant que reproduction est présupposée et n'est donc pas vraiment justifiée dans l'arrêt de la *CJUE*, ce qui n'empêche pas de remettre en question, dans certains cas, ce postulat de départ.

a- Notion de reproduction et application de l'exception de copie privée.

Dans plusieurs arrêts récents de la *CJUE* en réponse aux questions préjudicielles concernant l'interprétation de l'exception de copie privée, il n'est pas contesté que l'acte d'exploitation de l'œuvre dont il est question en l'espèce fait l'objet d'une reproduction.

Dans l'arrêt *Padawan*¹⁰⁶⁰, par exemple, il ne fait aucun doute que l'enregistrement d'œuvres sur des *CD-R*, des *CD-RW* et des *DVD-R* ainsi que des appareils *MP3* constitue bien des reproductions au sens de l'art. 2 de la directive *InfoSoc*, et peut donc bien constituer des copies privées. Le litige oppose l'entreprise *Padawan SL* à la *Société générale des auteurs et éditeurs d'Espagne (SGAE)* au sujet de la « redevance pour copie privée » qui serait due par *Padawan* au titre des supports (appareils *MP3* etc...) qu'elle commercialise. Dans l'arrêt *Amazon*¹⁰⁶¹ non plus, il n'est pas contesté que l'enregistrement d'une œuvre sur un support constitue une reproduction. De même dans l'arrêt *Thuiskopie*¹⁰⁶², l'enregistrement d'œuvres sur des supports vierges, tels que des *CDs* ou des *CD-R* constitue bien une reproduction.

Dans ces trois affaires citées, ce ne sont donc que les modalités d'application de l'exception qui font l'objet de développements et non la notion *per se* de reproduction. Ainsi, dans l'arrêt *Padawan*, tout comme dans l'arrêt *Amazon*, l'interprétation de la *CJUE* porte sur la notion autonome de compensation équitable prévue à l'art. 5. 2. b. Dans l'arrêt *Thuiskopie*, c'est un autre aspect de l'exception de copie privée qui pose problème, à savoir la notion de source licite. Or tous ces développements, bien qu'importants pour interpréter l'exception de copie privée et donc indirectement déterminant l'étendue du droit exclusif de reproduction, ne traitent pas du cœur même de la notion de reproduction.

Il en va un peu différemment dans le cadre des affaires *VG WORT*¹⁰⁶³. Certes, comme dans l'arrêt *Padawan* et *Amazon*, la question préjudicielle concerne principalement l'interprétation de la notion de compensation équitable, telle que prévue au niveau de l'exception de copie privée à l'art. 5.2. b. C'est pourquoi, la possibilité potentielle de reproduire des œuvres par le

¹⁰⁶⁰ Arrêt *Padawan SL c/ Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE)*, C-467/08, 21 octobre 2010, ci-après nommé arrêt *Padawan*.

¹⁰⁶¹ Arrêt *Amazon.com International Sales Inc., Amazon EU Sarl, Amazon.de GmbH, Amazon.com GmbH, Amazon Logistik GmbH contre Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft GmbH*, du 11 juillet 2013, affaire C-521/11, ci-après nommée « arrêt *Amazon* ».

¹⁰⁶² Arrêt *ACI Adam BV e.a. c/ Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoeding*, du 10 avril 2014, affaire C-435/12, ci-après nommée « arrêt *Thuiskopie* ».

¹⁰⁶³ *Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)*, contre *Kyocera, Epson Deutschland GmbH, Xerox GmbH, (C-457/11), Canon Deutschland GmbH (C-459/11) et Fujitsu Technology Solutions GmbH (C-459/11)*, tout comme *Hewlett-Packard GmbH (C-460/11) contre Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)*.

biais d'imprimantes et/ou de traceurs ainsi que d'ordinateurs, ne fait pas de doute et n'est donc pas discutée. En effet, le litige oppose la société de gestion collective *VG WORT* à des entreprises dans le domaine de l'informatique commercialisant des imprimantes et/ou des traceurs ainsi que des ordinateurs personnels, au sujet de la « rémunération pour copie privée » que ces entreprises seraient tenues de verser à *VG WORT*. Pourtant, les juridictions posent des questions concernant l'interprétation de la notion de reproduction, telle que décrite dans l'exception prévue à l'art. 5, paragraphe 2 sous a. Ainsi, la question est de savoir quelle est la signification à donner à des reproductions effectuées au moyen de toute technique photographique. S'agit-il de reproductions obtenues à l'aide d'imprimantes¹⁰⁶⁴ ? S'agit-il de reproductions obtenues à l'aide d'ordinateurs¹⁰⁶⁵ ? Selon la *CJUE*, la notion de « reproduction effectuée au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires », au sens de l'art. 5, paragraphe 2, sous a) de la directive 2001/29, englobe des reproductions effectuées à l'aide d'une imprimante et d'un ordinateur personnel, dans le cas où ces appareils sont reliés entre eux.

b- Notion de reproduction et application de l'exception de citation

Dans l'affaire *PAINER*¹⁰⁶⁶, la question préjudicielle porte principalement sur la possible invocation de l'art. 5, paragraphe 3, sous d) de la directive *InfoSoc* qui vise l'hypothèse des citations. La citation est une exception ou limitation aux droits de reproduction et de représentation. La *CJUE* évoque la notion de reproduction dans le cadre de l'examen de la quatrième question préjudicielle : l'intensité de l'originalité d'une œuvre produit-elle un effet sur l'existence d'un droit ?¹⁰⁶⁷

En l'espèce, une jeune fille, Natasha K., avait été enlevée à l'âge de 10 ans, puis séquestrée pendant huit ans. A la suite de son enlèvement, en 1998, les autorités de sécurité compétentes ont diffusé un avis de recherche illustré par des portraits de la jeune fille, réalisés dans son école maternelle par Mme P., photographe indépendante. Lorsque la jeune fille a pris la fuite en 2006, et avant toute apparition publique de cette dernière, de nombreux médias autrichiens et allemands ont reproduit les photographies sans indiquer le nom de son auteur ou avec une indication erronée¹⁰⁶⁸. Par ailleurs, certains de ces médias ont également diffusé un portrait-robot de la jeune fille élaboré par traitement informatique à partir des photographies litigieuses. L'affaire ayant été très médiatisée, la photographe a assigné, devant les juridictions autrichiennes, les médias concernés afin qu'ils soient condamnés à cesser de reproduire et/ ou de distribuer, sans son consentement et sans indication de son nom en qualité d'auteur, tant les dites photographies que le portrait-robot.

¹⁰⁶⁴ Affaire C-457/11, deuxième question préjudicielle, n° 19.

¹⁰⁶⁵ Affaire C-459/11, deuxième question préjudicielle, n° 22.

¹⁰⁶⁶ Arrêt *Eva-Maria PAINER c/ Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*, du 1^{er} décembre 2011, dans l'affaire C-145/10.

¹⁰⁶⁷ Or traditionnellement, la *CJUE* s'intéressait à l'exercice du droit et laissait aux Etats membres le soin de se préoccuper de l'existence du droit, autrement dit des critères de protection des œuvres. Ch. CARON, *Droit d'auteur de l'Union européenne : des photographies et des exceptions* : CCE, *Revue mensuelle Jruisclasseur*, Mars 2012.

¹⁰⁶⁸ Voir par exemple, V. DAHANT, Ch. BOUFFIER *Arrêt Painer du 1^{er} décembre 2011 : la CJUE poursuit son œuvre d'harmonisation du droit d'auteur* : RLDI, mars 2012, n°80, p. 14 s.

Ici, il n'est pas contesté que la publication des photographies litigieuses dans les journaux et sur les sites *internet*¹⁰⁶⁹ constitue bien une reproduction analogique ou numérique des photos. Ceci n'est pas discuté dans l'arrêt. Ce qui est rappelé dans cet arrêt, c'est le fait que l'auteur de la photographie bénéficie d'un droit de reproduction ayant une portée large¹⁰⁷⁰. Dès lors, même si on est en présence d'un portrait (avec une originalité moindre), la protection conférée par l'art. 2, sous a) de la directive 2001/29 ne saurait être inférieure à celle dont bénéficient d'autres œuvres, y compris les œuvres photographiques. Il appartient alors à la juridiction nationale de vérifier dans chaque cas d'espèce, s'il s'agit bien d'une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci, lors de la réalisation de la photographie.

On peut cependant se poser la question de savoir si le portrait robot exécuté en tenant compte de la photographie originale constitue une reproduction de l'œuvre originale ou une œuvre nouvelle. Bien qu'une reproduction ne soit pas forcément une reproduction séquentielle, on peut supposer qu'un portrait robot constitue plutôt une libre utilisation d'une œuvre, comme cela a déjà été proposée par la juridiction autrichienne. Cela signifierait donc qu'un portrait robot constitue une œuvre nouvelle, autonome et elle-même protégée par un droit d'auteur. Cependant, les créations réalisées par les machines, ou les logiciels (bien que les machines soient programmées par les hommes) ne constituent généralement pas des œuvres au sens du droit d'auteur. Pour cette raison le portrait robot pourrait seulement être une reproduction des photos litigieuses, si on adopte une large définition du droit de reproduction et si ce portrait robot ne tombe pas sous l'effet d'une exception.

A nouveau, ce n'est donc pas la notion même de reproduction très large qui fait l'objet de controverse¹⁰⁷¹

C- Conclusion

La définition du droit de reproduction par le législateur européen et par la Cour de justice inclut quatre éléments, dont un seul est controversé.

Premièrement, la reproduction peut être soit directe soit indirecte¹⁰⁷². Selon cette formule, le droit exclusif de reproduction est également impliqué dans les cas où la reproduction n'est pas effectuée directement à partir de l'original ou d'une copie d'une œuvre, mais où il existe un lien intermédiaire comme c'est le cas quand une œuvre est diffusée ou communiquée au public, par le biais d'un enregistrement, et que la reproduction est donc effectuée indirectement à partir de l'enregistrement d'une telle émission¹⁰⁷³. Ainsi, la

¹⁰⁶⁹ Arrêt *PAINER*, n° 34.

¹⁰⁷⁰ Voir à ce sujet n° 96. Voir aussi à ce sujet l'arrêt *Infopaq International*, n° 43.

¹⁰⁷¹ Dans l'espèce, ce qui fait controverse est le litige opposant Mme *PAINER*, photographe indépendante, à cinq maisons de presse au sujet de l'utilisation des photographies de Natascha. K, et de l'application d'une exception au droit de reproduction ou au droit de représentation. Finalement, ce n'est pas l'exception de citation qui sera appliquée, mais bien l'exception de sécurité publique.

¹⁰⁷² Voir à ce propos, l'article 10 de la convention de Rome (phonograms), articles 6 et 11 du *WPPT*, et l'article 7 de la directive location prêt.

¹⁰⁷³ Voir à ce propos, S. von LEWINSKI, *Droit européen, dans la société de l'information*, in : J. Drexler, K. F. Kreuzer, D. H. Scheuing, And U. Siebder (éds.), 2000, p. 55, 63 ; M. WALTER, *Österreichisches Urheberrecht- Handbuch* Vol I no 533.

directive prévoit implicitement que la fixation d'une œuvre communiquée au public est également à considérer comme une reproduction.

Deuxièmement, la reproduction peut être une reproduction par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit. De cette vaste compréhension de la notion de reproduction, on doit déduire que toute reproduction analogique ou sous forme numérique, par exemple sur le disque dur d'un ordinateur, sur le disque, *DVD*, *CD-R* ou tout autre moyen numérique est pertinente du point de vue du droit d'auteur et des droits voisins. La directive correspond ainsi à l'opinion dominante selon laquelle la numérisation d'une œuvre est une reproduction. La directive se situe donc dans la droite ligne des déclarations communes concernant l'art. 1 (4) du *WCT*, l'art. 7, 11, et 16 du *WPPT*, selon lesquelles le droit de reproduction s'applique pleinement dans l'environnement numérique, sachant que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens des art.s concernés.

Troisièmement, une reproduction concerne le tout ou une partie, c'est-à-dire le droit s'étend aux œuvres ainsi qu'aux parties d'une œuvre. Toutefois, la protection suppose que la partie concernée se conforme à l'exigence d'originalité. La Cour européenne de justice, dans son arrêt *Infopaq*, a explicitement confirmé ce point de vue et en même temps souligné un critère de l'originalité réduit, tel qu'il est prévu dans la directive des programmes d'ordinateur et des bases de données. Il est intéressant de noter que la protection des parties d'une œuvre devrait également s'appliquer aux œuvres protégées en vertu des droits connexes. Toutefois, en ce qui concerne la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes, des organismes de radiodiffusion et des producteurs de premières fixations de films, aucune originalité n'est requise comme préalable à la protection.

Pour conclure, ni la nature directe ou indirecte de la communication, ni l'extension du droit de reproduction à une reproduction en partie, ni le fait que toute reproduction soit visée, par quelque moyen que ce soit ne pose vraiment problème. Ces éléments de la définition correspondent à des « standards » internationaux et les solutions sont déjà établies au niveau des Etats membres. Le seul élément de la définition qui pose problème¹⁰⁷⁴ est le 4^{ème} élément de la définition précisant qu'une reproduction peut être provisoire ou permanente. Cet aspect va être abordé de manière détaillée dans le cadre de la section 2.

Même si au niveau national, l'étendue de la notion de reproduction est très différente, notamment en France avec la reconnaissance d'un droit de destination, l'interprétation de cette notion par la jurisprudence allemande et française reste large, comme au niveau européen.

§ 2- Notion de reproduction au niveau national

En France et en Allemagne, la notion de reproduction possède une ampleur différente. En France, elle est plus étendue qu'en Allemagne, puisqu'en plus d'une compréhension *au sens*

¹⁰⁷⁴ Voir A. LUCAS-SCHLOETTER, *Is there a concept of European Copyright Law? History, Evolution, policies, and politics and the acquis communautaire*, in : *EU Copyright law, a Commentary*, I. Stamatoudi, P. Torremans (éds.), , 2014, p. 7 s.

strict de la notion, la France distingue un droit de reproduction *au sens large*. En fait, lorsqu'on parle de reproduction au sens allemand (c'est-à-dire *Vervielfältigungsrecht*), alors il s'agit d'un point de vue français, du droit de reproduction au sens strict. En France, le droit de reproduction au sens large comporte le droit de destination, le droit de location et de prêt, le droit d'importation, le droit de traduction et le droit d'adaptation qui sont tous parfois considérés comme corollaires partiels du droit de reproduction. Dans la directive 2001/29/CE, tout comme dans la loi sur le droit d'auteur allemand, le droit de distribution fait l'objet d'une disposition distincte¹⁰⁷⁵, alors que depuis la Révolution de 1789¹⁰⁷⁶, la législation française inclut cette prérogative dans le champ d'un droit de reproduction très largement conçu. Cette différence s'explique par la conception analytique de la structure des droits en Allemagne et leur conception synthétique en France.

Au vu de ces différences qui a priori ne semblent que terminologiques, il convient néanmoins dans un premier temps d'analyser les prérogatives conférées par le droit de reproduction *au sens strict* en France et en Allemagne (I), puis de mesurer l'étendue de la protection pour déterminer où commence la violation du droit (II).

A- Teneur des prérogatives conférées par le droit de reproduction au sens strict

En France, l'art. L.122-1 du code de la propriété intellectuelle prévoit que « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ». L'art. L.122-3 du *CPI* précise à son tour, que : « la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Elle peut donc s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques etc. En Allemagne, le paragraphe 15 (1) de la loi allemande expose sous forme de clause générale et de manière non exhaustive les différents droits d'exploitation sous forme corporelle. Le paragraphe 16 *UrhG* prévoit de manière explicite que « le droit de reproduction est le droit de confectionner des exemplaires de l'œuvre, soit de manière provisoire, soit de manière permanente, quels que soient le procédé employé et le nombre d'exemplaires confectionnés »¹⁰⁷⁷.

Harmonisé par la directive *InfoSoc*, on aurait pu s'attendre que l'on consacre une interprétation parfaitement identique au droit de reproduction au *sens strict* en France et en Allemagne. Tel n'est cependant pas le cas, puisque les Etats disposent d'une assez grande liberté de transposition. Une simple lecture de la loi permet de constater que la formulation française est assez brève puisque contrairement à ce qui est prévu par la directive *InfoSoc* ou par la loi allemande, la définition française ne précise pas que la reproduction peut être *provisoire* ou *permanente*. De plus, la formulation française met l'accent sur le fait que la

¹⁰⁷⁵ Art. 4 de la directive 2001/29/CE et article 17 *UrhG* pour la loi sur le droit d'auteur allemand.

¹⁰⁷⁶ La loi des 19-24 juillet 1793 consacrait le droit d'édition en ces termes (article 1^{er}) : « les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou des dessins, jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie ». Sur cette question voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination – le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris 1989.

¹⁰⁷⁷ Traduction du site *internet* Bijus.

reproduction doit *indirectement permettre une communication à un public*¹⁰⁷⁸, une précision absente de la loi allemande et de la directive *InfoSoc*.

Malgré tout, il est clair que les définitions française et allemande de la reproduction obéissent à des principes généraux. En France et en Allemagne, le même élément de *fixation* (fixation *matérielle* en France et fixation *corporelle*¹⁰⁷⁹ en Allemagne - *körperliche Festlegung* ou *Verwertung in körperlicher Form* en allemand) est un élément clef de la définition de la reproduction. Cependant, aucun texte ne vient précisément définir la notion de fixation. L'exemplaire qui résulte de cette fixation n'est pas non plus explicitement prévu par les textes de loi. Ensemble, l'exemplaire et la fixation constituent les éléments matériels requis de la notion de reproduction. Nous verrons par la suite que ces éléments matériels ont su s'adapter à l'ère numérique. En plus d'éléments *matériels*, la lettre de l'art. L.122-3 du code français prévoit explicitement la possibilité de *communiquer* l'œuvre au moyen de ces supports traduisant ici la *fonction* du droit de reproduction. Des critères matériels et fonctionnels sont donc requis pour définir le droit de reproduction.

Pour qualifier juridiquement de reproduction un acte d'exploitation d'une œuvre, certains critères sont donc requis (1) alors que d'autres sont indifférents (2).

1- Critères requis

On distingue d'une part les *critères matériels* que sont la fixation de l'œuvre tout comme l'exemplaire résultant de la fixation, et cela particulièrement en Allemagne (a). La fixation matérielle est la confection d'un ou plusieurs exemplaires. La possibilité de communiquer l'œuvre au moyen de ces supports traduit la fonction du droit de reproduction. Il faudrait savoir, si cet *élément fonctionnel* est exigé en vue de qualifier juridiquement un acte d'exploitation d'une œuvre de reproduction (b).

a- Critères matériels ?

On distingue la fixation de l'œuvre (aa) et l'exemplaire résultant de la fixation (bb).

Reste à savoir si on peut encore considérer ces critères comme étant matériels ou si ces critères ont évolué à l'ère du numérique.

aa- La fixation de l'œuvre, un critère matériel ?

La convention de Berne, et plus particulièrement le deuxième alinéa de l'art. 2 permet aux Etats de consacrer l'exigence de la fixation¹⁰⁸⁰ pour qu'une œuvre originale soit protégée.

¹⁰⁷⁸ LEBOS, Audrey, *Droits des auteurs, droit de reproduction*, juriscasseur : PLA Fasc. 1246.

¹⁰⁷⁹ Voir à ce propos le commentaire de Dreier, § 16, note 6, „Vervielfältigung ist jede körperliche Festlegung des Werkes“. (traduction libre en allemand : le droit de reproduction est toute fixation corporelle).

¹⁰⁸⁰ L'article 2, alinéa 2 précise qu'« est toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elle n'ont pas été *fixées* sur un support matériel ».

D'un point de vue systématique d'abord, l'idée à l'origine d'une œuvre doit être extériorisée pour pouvoir être transmise¹⁰⁸¹. En effet, créer, c'est forger un *quid externus* qui s'émancipe de son auteur. Pour cela, l'œuvre de l'esprit ne doit jamais se confondre avec une idée ou une conception. La transposition de l'œuvre déjà créée sur un medium, c'est-à-dire sa *fixation*, doit permettre de la rendre accessible à une pluralité de personnes.

D'un point de vue pratique, ensuite, pour qu'il y ait diffusion de l'œuvre intellectuelle, il faut qu'elle soit transmise à différentes personnes. Selon M. Craipeau, il ne fait aucun doute que, si seul le support original avait pu être transmis de mains en mains à un large public, seul le droit de représentation aurait eu un rôle juridique à jouer. Ce moyen de diffusion n'aurait permis la circulation de l'œuvre qu'entre peu de mains ; d'où la nécessaire confection de copies ou de reproductions par le biais d'une *fixation*, pour atteindre un nombre plus important de lecteurs et d'auditeurs.

Qu'est-ce donc une fixation ? De manière synthétique, on peut retenir la définition suivante: « action de donner une forme stable, par écrit ou autrement, à une œuvre de l'esprit ou à une prestation artistique¹⁰⁸² ». L'intérêt de cette définition est qu'elle met l'accent sur le caractère de *stabilité* de cette mise en forme. Constatons que ce caractère qui n'entraîne pas de difficulté d'application dans un monde analogique, sauf dans des cas marginaux, pose problème dans un environnement numérique.

Cette stabilité doit-elle s'entendre comme l'ancrage de l'œuvre dans un support, dans la matière de celui-ci, et doit-elle se retrouver dans sa dimension temporelle ? La stabilité de la fixation, dans ce cas, exige-t-elle une fixation permanente ou temporaire de l'œuvre sur un support ? A l'ère numérique, le fait de parler de fixation oblige à se demander si cette notion a encore un sens, et si elle peut encore être considérée comme constituant un critère matériel¹⁰⁸³.

Conception traditionnelle de la fixation

En France, la *fixation matérielle* telle que prévue à l'art. L.122-3 *CPI* correspond au sens premier du mot et peut s'effectuer explicitement « par tous procédés »¹⁰⁸⁴, « notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique ». On peut à ce propos remarquer que M. Desbois ajoute à cette liste indicative la dactylographie, la photocopie, les microfilms, la scénographie, l'écriture Braille. En Allemagne, la terminologie employée est celle d'une fixation corporelle (en allemand, *körperliche Festlegung*). Sans que « corps » fasse littéralement référence à « matière », il semble pourtant que la terminologie différente dans les deux droits traduise un même concept : pour qu'il y ait reproduction d'une œuvre, il semble qu'une œuvre doit être fixée sur un support.

Fixation et support

Dans le monde analogique, et sous l'aspect technique, la reproduction se réalise par la fixation matérielle de l'œuvre sur un support. La présence d'un support n'est pas explicitement prévue par la loi. D'un point de vue conceptuel aussi bien qu'historique, on comprend que la fixation implique la présence d'un support. Tout d'abord, la notion de reproduction même

¹⁰⁸¹ N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, 2006, thèse, version non publiée, p. 41.

¹⁰⁸² N. CRAIPEAU, *ibid.*, p. 43.

¹⁰⁸³ N. CRAIPEAU se pose la même question, *ibid.*, p. 39.

¹⁰⁸⁴ Voir aussi à ce propos, l'art. L.122-4 *CPI* (« reproduction par un art ou un procédé quelconque »).

suppose la dissociation conceptuelle de l'œuvre et du support. L'acte de reproduction implique en effet d'extraire la forme pour la reproduire sur d'autres supports. C'est particulièrement dans le monde analogique qu'on comprend bien qu'une œuvre doit être fixée sur un nouveau support pour être reproduite. Aussi, esclave de ses limitations physiques, le copiste devait manuellement reproduire l'œuvre originale, la transférer fidèlement sur un autre support. L'œuvre n'a alors pu se disséminer que par la multiplication de ces fixations sur d'autres supports, appelés par certains les supports de commercialisation. Il s'agit ici d'une terminologie qui s'explique par des raisons historiques. Ainsi, la reproduction des écrits de la bible par Gutenberg n'était possible que par le biais d'un support matériel.

La terminologie de fixation « matérielle » traduit un peu plus le degré d'implication de la *matière* dans le mode de communication considéré. Il y a d'ailleurs une connexion entre le support et la reproduction, comme le souligne Mme Dusollier qui oppose la communication « matérielle » à la communication « immatérielle » que réalise la représentation. M. Gautier définit la reproduction comme « l'interaction d'un support entre l'œuvre incorporelle et le public qui y accédera, 'de manière indirecte', par son intermédiaire»¹⁰⁸⁵.

A ce propos, on pourrait d'ailleurs croire que c'est bien la présence d'un support qui rend la communication indirecte, comme cela est prévu dans la loi. Or même une représentation, au cinéma par exemple, a besoin d'un support, alors qu'on est dans le cadre du droit de représentation. D'un point de vue historique cependant, il semble que ces remarques ne soient pas dépourvues de bon sens, puisque le droit de représentation était réservé au théâtre, donc sans le moindre support, et que la reproduction nécessitait un support. Aujourd'hui cependant, la représentation peut très bien se faire par l'intermédiaire d'un support.

Dans le monde analogique, il semble nécessaire de vérifier si l'œuvre protégée a été fixée sur un autre support que celui qui contient l'œuvre originale. En effet, pour retenir que la reproduction a été établie sans autorisation de l'auteur ou de l'ayant droit, il suffit de constater que l'œuvre a été copiée sans leur accord sur un autre support, celui-ci servant de preuve matérielle. Si ce critère de fixation a servi, pendant de nombreuses années, d'élément de définition de la reproduction dans l'environnement analogique, actuellement, l'environnement numérique oblige à le repenser et à en vérifier la pertinence.

Dans un contexte numérique, la dématérialisation des œuvres amène à se demander si la fixation matérielle de l'œuvre de l'esprit a encore un sens. Il est donc important de vérifier si la fixation numérique conserve les mêmes caractéristiques que celle utilisée dans le monde analogique.

Remise en cause de la matérialité de la fixation à l'ère du numérique ?

En définissant aujourd'hui encore le droit de reproduction comme « la fixation matérielle » ou « la fixation corporelle » d'une œuvre, le droit français et le droit allemand ont involontairement créé un doute concernant l'application de cette prérogative dans l'environnement numérique. En effet, l'art. L.122-3 *CPI* énumère bien un certain nombre de procédés permettant d'effectuer une reproduction, mais ne précise pas de façon explicite les techniques numériques. De même, le paragraphe 16 de la loi allemande souligne bien que tout procédé est admis¹⁰⁸⁶, sans énumérer une liste indicative d'exemples. C'est pourquoi, on s'est

¹⁰⁸⁵ P.-Y. GAUTIER, p. 266, n°247 (2015).

¹⁰⁸⁶ Voir l'article 16 (1) UrhG, qui emploie la terminologie de « gleichviel in welchem Verfahren », c'est-à-dire quelque soit le procédé utilisé.

d'abord posé la question de savoir si la numérisation d'une œuvre était soumise au droit de reproduction. Le doute était permis. On peut en effet se demander si le fait d'assimiler la numérisation à la reproduction, sans la moindre réserve, ne remettrait pas en cause la notion même de reproduction, du moins la viderait de sa signification juridique. En quoi une numérisation constitue-t-elle une fixation matérielle ? Le résultat matériel ne ressemble pas au corpus numérisé. La réponse semble être apportée par le but qu'on cherche à atteindre avec cette numérisation. Il s'agit donc de prendre en compte le caractère fonctionnel.

Aujourd'hui, la numérisation est, selon la position classique de la jurisprudence et l'opinion doctrinale dominante, une reproduction au sens du droit d'auteur, soumise à autorisation.

En France, deux décisions ont coupé court à toute discussion sur ce point. Mais souligner aussi les autres arrêts. Premièrement, un jugement rendu le 14 août 1996, à propos de l'affaire *Sardou*¹⁰⁸⁷, une des premières rendues en la matière, a permis aux juges du tribunal de grande instance de Paris de poser en principe que « toute reproduction par numérisation d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur susceptible d'être mise à la disposition de personnes connectées au réseau *internet* doit être autorisée expressément par les titulaires ou cessionnaires de droit ».

Il s'agit deuxièmement de l'affaire *Queneau*. Dans cette décision du 5 mai 1997, le tribunal de Grande Instance de Paris¹⁰⁸⁸ a constaté à propos de la reproduction sur un site *internet* des poèmes de Raymond Queneau sans l'autorisation des ayants droit que la « numérisation d'une œuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le bit, constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une œuvre originale l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit ».

En Allemagne aussi, la numérisation constitue une reproduction¹⁰⁸⁹. A ce titre, on peut citer plusieurs décisions de 1999¹⁰⁹⁰.

Le fait que la numérisation soit bien soumise au droit de reproduction a été maintes fois confirmé aussi bien en France qu'en Allemagne¹⁰⁹¹. Afin d'éviter toute confusion, la directive *InfoSoc* ne fait pas allusion à la terminologie de « fixation matérielle », mal adaptée à la notion de reproduction telle qu'elle est employée de nos jours. Par là-même, le législateur européen souhaitait précisément soumettre à la numérisation des œuvres au droit de reproduction.

¹⁰⁸⁷ TGI Paris, réf., 14 août 1996, note 1051.

¹⁰⁸⁸ TGI Paris, 5 mai 1997, *Queneau c/ Leroy et a.*

¹⁰⁸⁹ Voir à ce propos H. SCHACK, *Urheber-und Urhebervertragsrecht*, 6e éd., 2013 : « Vervielfältigungen sind deshalb auch die Digitalisierung », et aussi G. SCHRICKER, *Urheberrecht*, Kommentar, 3e éd. München 2006, qui précise que « Die Digitalisierung von Werken als solche, dh. Ihre Umsetzung in einem Binärcode, der durch Computer verarbeitet werden kann führt zu einer Vervielfältigung ».

¹⁰⁹⁰ OGH : ZUM-RD 1999, 213, 215 ; BGH : GRUR 1999, 325, 327- *Elektronische Pressearchive*. Une décennie entière de jurisprudence n'a pas modifié le raisonnement des juges. Ainsi, dans l'affaire *Van Butsele*, le tribunal de Grande Instance de Beauvais, dans un jugement du 31 octobre 2005 à propos de la reproduction en ligne de photos par la société *Château and Country* sans l'autorisation du photographe auteur des clichés, a énoncé que : « il est constant que la reproduction par la société *Château and Country* de la photographie de Rapahaël Van Butsele et son exploitation sur le réseau *internet* permettant sa diffusion dans le monde entier sans son autorisation a non seulement porté atteinte au droit patrimonial de celui-ci, mais aussi à son droit moral... ».

¹⁰⁹¹ V. FAUCHOUX, P. DEPPEZ, *Le droit de l'internet, lois, contrats et usages*, LexisNexis, Litec, 2008 ; voir exemples évoqués dans le chapitre 2 « *Le droit d'auteur et internet* ».

Le deuxième critère utilisé dans la loi allemande traitant du droit de reproduction, concerne l'existence d'un exemplaire.

bb- L'exemplaire d'une œuvre, un critère matériel ?

La notion d'exemplaire voisine avec celle du support. Le concept de reproduction contient l'idée de duplication physique de la forme. Reproduire, c'est « au sens premier, copier ou fabriquer à l'identique, par exemple en dupliquant »¹⁰⁹² : il s'agit donc de créer plusieurs exemplaires de l'œuvre.

Dans l'environnement analogique, l'utilisation d'un exemplaire matériel (ex/ livre, etc...), réalisé le plus souvent par les éditeurs va permettre au public de percevoir cette œuvre. L'exemplaire constitue le réceptacle de la fixation de l'œuvre, son contenant. L'œuvre de l'esprit, le contenu, ne révélera sa substance que par l'utilisation de cet exemplaire matériel¹⁰⁹³.

Dans l'environnement numérique, la dématérialisation des œuvres en suites de zéros et de uns semble s'affranchir de ce concept. On pourrait soutenir la thèse selon laquelle l'exemplaire n'aurait plus d'utilité dans l'environnement numérique. Cependant, il faut rappeler que la caractéristique première du droit de reproduction est de conférer à l'auteur la maîtrise de l'exploitation par la commercialisation d'exemplaires d'une œuvre, autrement dit, la faculté d'autoriser ou d'interdire la fabrication d'une ou plusieurs copies de son œuvre, en vue de sa communication publique.

Afin de vérifier si la notion d'exemplaire a définitivement cessé de jouer un rôle dans l'environnement numérique, il convient d'étudier sa dématérialisation et constater que loin de disparaître, la notion d'exemplaire se transforme, permettant une reconnaissance de l'exemplaire numérique.

Pour prendre la mesure de la dématérialisation de l'exemplaire, il faut dans un premier temps définir la notion d'exemplaire, et dans un second temps, étudier les conséquences de sa dématérialisation.

Notion d'exemplaire en France et en Allemagne

En droit français, il est intéressant de constater que les articles relatifs au droit de reproduction ne mentionnent pas explicitement le terme d'« exemplaire ». Il faut en effet aller chercher l'art. L.332-1 *CPI* relatif à la saisie-contrefaçon¹⁰⁹⁴ pour trouver une référence explicite à l'exemplaire. Cet article dispose que « les commissaires de police et, dans les lieux où il n'y a pas de commissaire de police, les juges d'instance sont tenus, à la demande de tout auteur d'une œuvre protégée par le livre premier, de ses ayants cause, de saisir les exemplaires constituant une reproduction illicite de cette œuvre (...) ».

¹⁰⁹² Dictionnaire *Petit Robert*.

¹⁰⁹³ N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, 2006, thèse, version non publiée.

¹⁰⁹⁴ Il faut néanmoins noter que depuis la loi Yung du 11 mars 2014, il n'existe plus de saisie-contrefaçon par le commissaire de police.

En droit allemand, la terminologie d'exemplaire est utilisée à l'art. 16 de la loi sur le droit d'auteur. On parle de « *Vervielfältigungsstücke* ». Parle-t-on ici de copies ou d'exemplaires ?

Conséquences de la dématérialisation

En raison de l'évolution de la technique, la notion d'exemplaire numérique a été reconnue. La dématérialisation-numérisation permet aux utilisateurs de participer de manière active à l'élaboration d'exemplaires. Il y a donc un risque d'interférence entre les agissements des utilisateurs et le rôle d'une catégorie d'intermédiaires, les éditeurs, cessionnaires des auteurs. Cette remise en question s'accompagne également d'une confusion des qualifications juridiques traditionnelles.

Confusion des qualifications juridiques traditionnelles

Dans l'environnement analogique, l'original qui constitue la matrice de l'œuvre est opposé à l'exemplaire¹⁰⁹⁵. A l'exception des cas particuliers en matière d'œuvre graphique ou plastique, il est assez aisé de distinguer l'œuvre de l'exemplaire. L'entrée des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique oblige à revoir ces distinctions. En effet, on ne peut plus clairement distinguer, dans l'environnement numérique, la phase de création des œuvres de l'esprit et la phase de commercialisation de celles-ci.

Auparavant, il fallait créer un original avant de passer à l'édition et à la production d'exemplaires analogiques. Actuellement, il suffit d'élaborer une matrice numérique, une simple fixation numérique de l'œuvre, pour réaliser à l'infini des clones de ces œuvres. En fait, si on se contente d'une exploitation dans l'environnement numérique en ligne, la phase de production et de distribution d'exemplaires de ces œuvres n'est plus nécessaire puisque la première fixation de l'œuvre, lors de sa création, suffit à permettre sa distribution et sa représentation directement sur l'ordinateur de l'utilisateur. La dématérialisation des œuvres et la disparition corrélative des supports amovibles originaux rendent les distinctions obsolètes. La terminologie, plus technique que juridique, doit s'adapter.

Dans l'environnement numérique hors ligne, la logique de l'environnement analogique est maintenue. Il est nécessaire de recourir à la production d'exemplaires avant de passer à la phase de commercialisation des œuvres de l'esprit. Les utilisateurs doivent, préalablement à la représentation de l'œuvre, acquérir un support matériel dans lequel est incorporé l'œuvre sous forme numérique. La difficulté aujourd'hui vient d'une exploitation numérique des œuvres qui s'appuie indifféremment sur l'environnement « hors ligne » et « en ligne ».

On peut ici reprendre l'exemple des jeux vidéo discutés par M. Craipeau. De plus en plus souvent, les éditeurs d'exemplaires matériels élaborent des produits qui ne contiennent qu'une partie de l'œuvre, le reste de celle-ci ne pouvant être accessible qu'au moyen d'une connexion au réseau *internet* soumise au paiement d'un abonnement. Les éditeurs de jeux vidéo, qui sont en la matière les plus imaginatifs, vont jusqu'à réaliser des ventes anticipées de leurs ludiciels, où l'exemplaire vendu ne contient qu'un manuel d'utilisation, quelques photos ou gadgets et une carte prépayée qui contient un code d'accès permettant de se connecter à leur site *web* et de télécharger l'œuvre logicielle dans son intégralité. On ne peut plus parler d'original, d'exemplaire et de copie mais uniquement de matrice numérique et de copies numériques subséquentes ou de copies de *énième* génération. Ce n'est que par une analogie forcée qu'il est encore possible de parler d'originaux et d'exemplaires.

¹⁰⁹⁵ N. CRAIPEAU, *ibid.*, p. 72.

Remise en question du rôle des éditeurs

Remettre en cause l'emploi du terme « exemplaire » dans l'environnement numérique amène en outre à remettre en question le rôle des éditeurs. Dans l'environnement analogique, il ne fait aucun doute que leur rôle est primordial. Pour accéder à l'œuvre, il faut préalablement se rendre acquéreur d'un exemplaire matériel. Les éditeurs ont profité d'un monopole quant à la réalisation de ces exemplaires.

La dématérialisation des œuvres a permis d'accéder grâce aux outils informatiques à tous les octets composant celles-ci. Alors que l'évolution des œuvres analogiques requerrait des compétences pointues spécifiques à chaque art, l'environnement numérique donne aux auteurs, mais également aux utilisateurs, la liberté de naviguer entre les différents arts et de transformer à leur guise le format, les caractéristiques et le contenu des œuvres. En prenant part à l'élaboration d'exemplaires personnels, les utilisateurs se sont substitués aux éditeurs (on peut apporter ici quelques exemples de la pratique).

Reconnaissance de l'exemplaire numérique.

Si l'ensemble des textes internationaux, faisant référence aux exemplaires, semble se cantonner aux exemplaires matériels et font supposer la disparition du vocable dans l'environnement numérique, par nature dématérialisé.

L'absence d'une reconnaissance de l'exemplaire numérique dans les textes internationaux est peut-être due au fait qu'il s'agit de textes de compromis, qui datent, pour les derniers de 1996. Depuis, le droit d'auteur a beaucoup évolué. Cette évolution des comportements et des techniques doit être prise en compte à l'heure de définir la notion d'exemplaire d'une œuvre de l'esprit. Avant d'envisager la nouvelle définition de l'exemplaire numérique, il convient d'étudier sa définition analogique.

La définition de l'exemplaire analogique

Dans l'environnement analogique, le résultat de la reproduction de l'œuvre de l'esprit sera en toute logique un « exemplaire » suivant sa définition classique. Ainsi, après l'acte de reproduction d'un livre, l'auteur de la reproduction sera en possession d'un exemplaire de l'œuvre sous la forme d'un livre, etc. Il existe finalement une même identité quant au support entre l'œuvre originale et la copie. Dans l'environnement numérique, il y a une complète et réelle dissociation entre l'œuvre et son support. Ainsi, le livre, le disque et la photographie reproduits sous forme numérique peuvent être conservés provisoirement en mémoire, sur un disque dur, ou tout autre support numérique totalement différent du support original. En revenant à la définition classique du terme d'exemplaire, il est possible de constater qu'elle devient inapplicable dans l'environnement numérique puisque le « type donné » sera toujours unique. En effet, il s'agira du type numérique, c'est-à-dire des séries de zéros et de uns.

S'il faut faire dans l'environnement analogique où la notion de support voisine avec celle d'exemplaire, une distinction de principe entre les œuvres de l'esprit et leur support¹⁰⁹⁶, en pratique, cette distinction est extrêmement délicate. Puisque la définition de la notion

¹⁰⁹⁶ Voir à ce propos art. L.111-3 *CPI* nous oblige d'ailleurs à bien distinguer : « la propriété incorporelle définie par l'article L.111-1 *CPI* est indépendante de la propriété de l'objet matériel (...) ».

d'exemplaire ne satisfait pas dans l'environnement numérique, il faudrait rejeter la réalisation d'exemplaires dans le numérique¹⁰⁹⁷, lorsque le droit de reproduction est en jeu. Autrement dit, si on considère que l'exemplaire est à définir de manière traditionnelle, il est compréhensible que la confection d'un exemplaire n'est pas forcément nécessaire, en vue d'appliquer le droit de reproduction. Ainsi, il est incontestable que le seul stockage d'une œuvre sur le disque dur d'un ordinateur constitue une reproduction, sans pour autant constituer un exemplaire de l'œuvre au sens traditionnel du terme. Tout dépend de la définition qu'on accorde à la terminologie « d'exemplaire ».

Il faudrait alors rechercher une définition qui pourrait mieux couvrir les nouvelles formes numériques de création, de diffusion ou d'exploitation des œuvres de l'esprit et qui prendrait en compte l'objet de l'acte de reproduction numérique, « l'exemplaire dématérialisé ».

La définition de l'exemplaire numérique

Une proposition pourrait être de retenir « l'exemplaire numérique » comme « le résultat de la reproduction (ou de la copie) d'une œuvre, sous quelque forme que ce soit et permettant une mise à disposition ultérieure de l'œuvre au public »¹⁰⁹⁸.

La fonction première de l'exemplaire est de permettre une communication indirecte de l'œuvre en servant de véhicule entre l'œuvre de l'esprit et le public. Si dans l'environnement analogique, il s'agit bien d'un meuble corporel et tangible, la nature de ce véhicule est dans le numérique un bien incorporel constitué, le plus souvent, d'une enveloppe numérique. Il faut préciser que la nature du support peut changer suivant que l'œuvre se trouve sur un réseau numérique *on line* ou dans l'environnement *off line*. En effet, si sur les réseaux *on line* cette œuvre peut s'affranchir des supports durables (disques durs etc...), et être représentées suite à des reproductions provisoires dans les différentes mémoires vives des ordinateurs, dans l'environnement *off line*, la représentation d'une telle œuvre nécessite la fixation sur un support durable.

Pour l'exemplaire numérique, la distinction contenu/contenant est dépassée : c'est la finalité qui doit prévaloir. Ainsi, l'exemplaire numérique répond à sa fonction de véhicule, sans aucune référence à un support matériel, entre l'œuvre de l'esprit et le public. Il pourrait sembler sans intérêt de vouloir faire rentrer la copie numérique dans la définition de l'exemplaire et remettre en cause la distinction entre l'original et exemplaire, reconnue en doctrine et dans les traités internationaux. L'enjeu est majeur, car refuser de reconnaître l'existence d'exemplaires numériques aboutirait à supprimer pour les auteurs, leur droit de contrôle.

Une autre voie possible serait de s'affranchir de la notion d'exemplaire dans l'environnement numérique en considérant que la reproduction numérique d'une œuvre conduit simplement à la création d'un autre original de l'œuvre. Ainsi, la distinction entre « copie », « exemplaire » et « original » de l'œuvre serait supprimée. Il faut alors préciser que cette suppression n'est possible que si l'œuvre est déjà sous forme numérique.

En plus de critères matériels, qui ont évolué et se sont adaptés à l'ère numérique, pour la fixation de l'œuvre, la reproduction nécessite un critère fonctionnel, car sa fonction plus ou moins première est de communiquer l'œuvre au public.

¹⁰⁹⁷ Même si l'œuvre de l'esprit numérisée peut circuler par l'intermédiaire d'un support.

¹⁰⁹⁸ N. CRAIPEAU, *ibid.*, p. 79.

b- Critère fonctionnel requis ? (Communication au public de l'œuvre)

Quel est l'intérêt de la fixation, quelle est sa raison d'être ?

Contrairement à la formulation de la directive *InfoSoc* et de la loi allemande, le droit français dispose expressément à l'art. L.122-3 *CPI* que la reproduction a pour but indirect de communiquer l'œuvre au public. Par conséquent, la fixation ne suffit pas¹⁰⁹⁹.

C'est pourquoi, il s'agit d'étudier si la fixation matérielle doit s'analyser à la lueur du concept de communication publique pour pouvoir donner prise au droit exclusif (aa) et finalement en conclure, que cette considération juridique n'est pas dépourvue d'intérêt, notamment dans l'environnement numérique (bb).

aa- Fixation matérielle sous l'aspect de la communication au public

La fixation est une technique préalable nécessaire mais insuffisante. Il ressort explicitement de l'art. L.122-3 *CPI* que la finalité de *lege lata* de la fixation est de permettre une communication de l'œuvre.

En droit interne, il est possible de s'interroger sur l'existence d'une exigence de communication ? Considérer que la définition de la reproduction ne retient que les copies qui donneront lieu à une communication, permettrait de faire échapper au droit exclusif les reproductions dont l'unique finalité est la sauvegarde ou l'archivage des œuvres de l'esprit.

En fait la lettre de l'art. L.122-3 du *CPI* tout comme l'emploi du verbe « permettre », laisse à penser qu'il ne s'agit pas d'une exigence de communication mais seulement d'une possibilité de communication. La notion de public pourrait sous-entendre d'ailleurs que cette communication, si elle s'adresse à un cercle très restreint de personnes, ne fera pas rentrer l'acte de reproduction dans le champ d'application du droit exclusif soumis à autorisation de l'auteur. Par ailleurs, en matière de communication au public, dans les développements suivants, « une œuvre peut très bien être communiquée au public, sans que personne ne la consulte effectivement »¹¹⁰⁰. Finalement, que la reproduction de l'œuvre consiste à créer des copies qui ne seront jamais communiquées ou, au contraire, qui auront pour unique finalité la communication de l'œuvre au public, n'empêche pas ces reproductions correspondre à des actes couverts par le droit exclusif.

Pour produire des effets en droit d'auteur, la réalisation des copies doit servir la communication publique d'une forme¹¹⁰¹. Isolée, celle-ci n'est jamais qu'un acte technique consubstantiel à la reproduction certes, mais insuffisant pour qualifier juridiquement l'acte de

¹⁰⁹⁹ M. VIVANT, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e édition, précis, droit privé, p. 413.

¹¹⁰⁰ *CPI*, art. 122-3, commentaire, p. 154.

¹¹⁰¹ V.-L. BENABOU, *De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques*, spéc. p. 425 : « [...] si la reproduction n'est pas directement destinée à un public, elle n'est pas censée entrer dans la définition des actes soumis au monopole ».

reproduction¹¹⁰². Il est donc impossible, dans une représentation exacte et complète du droit d'auteur, d'assimiler la fixation, sorte d'infra-reproduction, à la reproduction stricto sensu¹¹⁰³.

Ce qui est intéressant, c'est de constater que ces deux notions sont fondamentalement indépendantes : la première est un acte essentiellement technique qui ne conduit pas nécessairement à la seconde, seul véritable concept juridique. Occulter cette distinction, c'est ignorer la logique du droit d'auteur, toute entière imprégnée d'un impératif de communication au public.

bb- Une approche qui n'est pas dépourvue d'intérêt dans un monde numérique

La directive *InfoSoc* a pour but d'adapter le droit au contexte numérique. L'art. 2 de la directive *InfoSoc* ne fait pas explicitement référence à la communication au public. La question se pose alors de savoir, si une telle finalité est implicitement voulue par le législateur européen. Une analyse des différents considérants permet de constater que le critère de fixation n'est envisagé en 2001 que sous l'angle purement économique. De *lege ferenda*, le critère de la communication au public présente une certaine pertinence dans l'environnement numérique et pourrait justifier une formulation plus étroite des droits exclusifs. Cependant, il faut savoir, si le droit français, en exigeant que la reproduction permette la communication de l'œuvre au public, est conforme au droit UE/RL 2001/28.

On voit mal comment la numérisation, en tant que telle, peut permettre une communication et donc, être qualifiée de reproduction au sens de l'art. L.122-3 du *CPI*. Elle consiste dans l'analyse d'une forme ou d'un signal analogique pour les traduire en un signal numérique, équivalent électronique de groupes de 0 et de 1. Outre que la production de ce signal n'est pas nécessairement suivie d'une fixation - la numérisation peut précéder une transmission -, la forme numérique fixée n'est de toute façon pas la forme communiquée, quand bien même sa finalité serait la communication. Il s'agit d'une « forme intermédiaire », purement fonctionnelle, non susceptible de propriété en soi, parce qu'automatique et non créative. Comment pourrait-elle constituer un acte de reproduction, alors même que la forme dont elle induit la fixation, n'est pas protégeable ? A vrai dire, la numérisation n'est qu'une partie du processus de reproduction.

A propos du droit de reproduction, on peut aussi évoquer une affaire retentissante aussi bien en Allemagne qu'en France. Il s'agit de l'affaire *Google Books*. Comme le formule Alain Strowel, *Google Books* promet la « bibliothèque universelle de rêve¹¹⁰⁴ », rassemblant tout le savoir du monde, un rêve déjà caressé à l'époque des Lumières avec les encyclopédies. Alors qu'en octobre 2009, *Google Books* est présenté comme « une bibliothèque qui durera pour toujours », cette bibliothèque pérenne est en train de devenir une énorme librairie commerciale doublée d'un formidable présentoir pour publicités. Revenons-en aux faits. Fin 2004, *Google* annonce un partenariat avec cinq grandes bibliothèques anglo-saxonnes (les bibliothèques universitaires de Harvard, Michigan, Stanford, la New York Library et la Bodleian

¹¹⁰² En ce sens aussi M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, n°497, p. 413 : « C'est dire que la fixation ne suffit pas », Ch. CARON, n°308, p. 259 : « Il faut que la fixation matérielle ait pour finalité de communiquer l'œuvre au public d'une manière indirecte ».

¹¹⁰³ Voir en ce sens, Ph. GAUDRAT, *Le droit d'auteur au lendemain de la transposition : Titre 1^{er} de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006*, spéc. p. 822.

¹¹⁰⁴ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit, plaidoyer pour un internet transparent et de qualité*, De Boeck & Larcier, 2011.

Library d'Oxford) afin de numériser leurs riches fonds de livres. Depuis 2004, le projet Bibliothèque, premier volet de *Google Books*, s'est étoffé : plus d'une quarantaine de bibliothèques, y compris en Europe (Lyon, Gand, Barcelone, Madrid, etc.) y participent. Les bibliothèques partenaires ont autorisé *Google* à emprunter leurs livres pour les numériser, afin de les rendre ensuite disponibles en ligne. La numérisation par scannérisation produit bien une « copie » du livre, sous la forme d'un fichier numérique il s'agit bien d'une reproduction, au sens du droit d'auteur, qui nécessite en principe une autorisation préalable des titulaires de droit d'auteur. En effet, cette autorisation ne peut être donnée par la bibliothèque, qui est seulement propriétaire d'exemplaires de l'œuvre et non titulaire des droits d'auteur.

Pour les ouvrages libres de droits (tombés dans le domaine public), aucune autorisation des ayants droit, c'est-à-dire des éditeurs et auteurs, n'est nécessaire. En revanche, les bibliothèques américaines précédemment citées ont accepté la numérisation de livres « sous droits » (encore protégés par le droit d'auteur), mais rien n'a été négocié avec les ayants droit. D'où les litiges en Allemagne et en France, par exemple. Bien sûr, l'accord de transaction *Google Books Settlement* pose de vraies questions qui seront examinées plus loin dans les développements. Cette affaire montre bien que la scannérisation relève bien du droit de reproduction en France et en Allemagne. Ainsi, à propos du service « *Google Books Search* », le tribunal de grande instance de Paris¹¹⁰⁵ a affirmé : « attendu cependant que la numérisation d'une œuvre, technique consistant en l'espèce à scanner l'intégralité des ouvrages dans un format informatique donné, constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle, lorsque celle-ci est protégée, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit. Que les sociétés *Google* ne peuvent sérieusement soutenir, sauf à remettre en cause la fonctionnalité même du système *Google Recherche de Livres*, que la constitution d'un fichier numérique ne serait pas un acte de reproduction pour ne pas reproduire en lui-même la forme intelligible de l'œuvre dès lors que la fixation résultant de la numérisation des ouvrages et leur stockage dans une base de données numériques est toujours apte à communiquer l'œuvre au public d'une manière indirecte.

2- Critères indifférents

Plusieurs aspects sont indifférents pour savoir si un acte d'utilisation relève du droit de reproduction. Peu importe le caractère direct ou indirect de la reproduction (a), peu importe la durée de la fixation (b), du support ainsi que du procédé (c).

a- Indifférence du caractère direct ou indirect de la reproduction

L'art. 2 de la directive du 22 mai 2001 vise la « reproduction directe ou indirecte ». Selon la Commission, il s'agit de bien préciser que la reproduction soumise au consentement de l'auteur peut se réaliser en « plusieurs étapes » et à distance.

b- Durée de la fixation

¹¹⁰⁵ TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 18 déc.2009, n°09/00540 : JurisData n°2009-016553 ; JCP G 2010, p.844, note J.C. GINSBURG et P. SIRINELLI : PI. 2010, n°34, p. 620, obs. A. LUCAS ; RLDI févr. 2010, n°1877, obs. A. SINGH, Comm.com.électr. 2010, étude 11, F.-M. PIRIOU.

En France, les termes généraux de l'art. L.122-3 du *CPI* ne semblent pas distinguer selon la durée de la fixation. Peu importe qu'elle soit provisoire ou permanente. Dès lors, des reproductions de types très différents qui peuvent se produire dans un environnement de réseau, constituent toutes des reproductions. S'agissant des textes internationaux, ni l'art. 9.1 de la Convention de Berne, ni la déclaration commune concernant le traité de l'*OMPI* sur les droits d'auteur, ne font allusion à la durée de la fixation. Enfin, les instances communautaires ont, au fil du temps, inscrit la reproduction provisoire dans l'acquis communautaire, d'abord à propos des programmes d'ordinateur, ensuite en matière de base de données, enfin dans la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. La solution n'a toutefois pas été expressément consacrée par la loi du 1^{er} août 2006, sans doute parce que le droit de reproduction est conçu de manière à embrasser l'hypothèse de la fixation provisoire, rendant la précision inutile.

c- Indifférence du support et du procédé.

L'art. L.122-3 du *CPI* précise que la reproduction consiste dans la « fixation matérielle par tous les procédés ». La notion de « procédé » de reproduction renvoie à celle de support. Comme le fait remarquer M. Pignatari¹¹⁰⁶, la terminologie de support n'est pas expressément envisagée par les textes. On peut cependant considérer que cette absence de précision de la part du législateur est la marque d'une grande latitude laissée à l'interprète¹¹⁰⁷. Ceci est d'ailleurs tacitement confirmé par l'alinéa 2 du texte qui dresse une liste ouverte de procédés de reproduction. L'adverbe, qui figure en tête de cette énumération – notamment- implique qu'il ne faut exclure aucun des procédés non énoncés dans une liste dressée à titre d'exemple : la dactylographie, la photocopie, les microfilms, l'emploi de signes conventionnels tels que la sténographie et l'écriture Braille¹¹⁰⁸. L'énumération énoncée dans l'art. français semble suivre peu ou prou, l'ordre historique d'apparition des techniques, sans pour autant obéir à une logique propre¹¹⁰⁹. L'énoncé précise que la reproduction « peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique ». Enclavé dans l'énumération figure le « dessin ». La mention peut surprendre, puisqu'il n'y a rien de mécanique dans le procédé. Néanmoins, cette mention recouvre une réalité non négligeable : par un dessin à main levée, il est possible de reproduire un autre dessin, ou une création en trois dimensions, ce qui n'empêche pas le dessinateur d'être aussi créateur. La reproduction n'est pas incompatible avec la création comme le montre la catégorie des œuvres dérivées.

En tout état de cause, le substantif – procédé – a été entendu dans l'acception la plus large et englobe aussi bien l'exécution personnelle de la copie que les modes de reproduction mécaniques¹¹¹⁰. La formulation de l'art. 16 de la loi sur le droit d'auteur allemand ne contient pas une telle énumération des différents procédés. La formulation est plus large, et reprend celle de la directive *InfoSoc*, en considérant que certains critères sont indifférents, comme par

¹¹⁰⁶ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur, édition larcier*, Bruxelles, Création, Information, Communication, 2013, p. 218.

¹¹⁰⁷ Voir en ce sens aussi, G. CORNU, et N. MALLET-POUJOL, *Droit, œuvres d'art et musées, Protection et valorisation des collections*, CNRS éditions, 2006, n°1107, p. 554.

¹¹⁰⁸ Cf. Trib. Corr. Seine, 16 mai 1925, D.H., 1925. 422 et Gaz.Pal., 1925.2.402.

¹¹⁰⁹ O. PIGNATARI, *ibid.*, p. 218.

¹¹¹⁰ H. DESBOIS et U. LOEWENHEIM in : Schricker, Rn.9.

exemple le procédé. Il ne fait cependant pas l'ombre d'un doute que comme en France, la façon dont est réalisée la fixation (en allemand, *Art und Weise der Festlegung*) et le type de procédé (*Verfahren*) sont indifférents¹¹¹¹. On retrouve d'ailleurs cette approche large à l'art. 9.1 de la Convention de Berne¹¹¹², ce qui signifie que la nature du support et le procédé utilisé pour la fixation sont rigoureusement indifférents et peuvent donc être immobilier ou mobilier¹¹¹³, numérique aussi bien qu'analogique¹¹¹⁴.

Ainsi, la reproduction ne s'effectue pas seulement par le biais du recopiage, de l'impression, ou de la photocopie, mais aussi grâce à des fiches microfilms¹¹¹⁵, par le biais d'un fax¹¹¹⁶, et de la numérisation.

On peut, au-delà de ce type de procédés, énumérer d'autres procédés, utilisés dans l'environnement numérique et servant à reproduire une œuvre, comme par exemple la scannérisation¹¹¹⁷.

B- Etendue

Les auteurs du *Traité de propriété littéraire et artistique* font remarquer, la protection serait inutile, si le droit d'exploitation de l'auteur lui permettait seulement de s'opposer à la reproduction ou à la représentation de son œuvre en tant que telle. « Il suffirait pour échapper aux foudres de la loi d'apporter quelques modifications mineures, de changer quelques mots, par exemple »¹¹¹⁸. Tel n'est évidemment pas le cas.

Premièrement, la loi elle-même prévoit que l'auteur peut interdire la reproduction d'une partie de son œuvre (reproduction en partie). Deuxièmement, une œuvre est reproduite, même si cette œuvre est « transposée » dans un autre matériel ou dans d'autres dimensions¹¹¹⁹. Comment différencier la reproduction, d'une adaptation ?

1- Reproduction en partie en Allemagne et en France

¹¹¹¹ U. LOEWENHEIM, in : Schricker, Rn. 9, et Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, Rn. 7.

¹¹¹² Visant la reproduction « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ». – Voir aussi l'article 2 de la directive sur la société de l'information (« par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit »).

¹¹¹³ V. pour une mosaïque TGI Paris, 3^e ch., 13 oct. 2000 : RIDA 1/2003, p.378 ; Comm. com. électr. 2002, comm. 126, note CARON.

¹¹¹⁴ Voir en ce sens la déclaration commune concernant l'article 1.4 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (« le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction »).

¹¹¹⁵ BGH : GRUR 1993, 553, 554- *Readerprinter*.

¹¹¹⁶ BGH : GRUR 1999, 928, 930- *Telefaxgeräte*.

¹¹¹⁷ Exemples : En Allemagne, BGH : GRUR 2002, 246, 247- *Scanner* ; En France, CA Paris, 4^e ch. Sect. A, 26 sept. 2001, n°1999/05665, n°1999/08920 : JurisData n°2001-159279; Légipresse 2001, n°187, I, p. 149; JCP E 2002, 321, note C. CARON.

¹¹¹⁸ Voir TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n°317 : *étendue de la protection*.

¹¹¹⁹ Voir G. SCHULZE, in : Dreier/Schulze, Rn.11 et voir aussi SCHRICKER/ LOEWENHEIM, § 16 Rn. 9.

L'art. L.122-4 *CPI* dispose que « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite ». De même l'art. L.122-6, 1° du *CPI* prévoit que la reproduction d'un logiciel « en tout ou en partie » est soumise à l'autorisation de l'auteur. En Allemagne, la possible reproduction d'une partie de l'œuvre n'est pas explicitement prévue par la loi, mais bien reconnu en pratique, à condition que la partie de l'œuvre en question soit protégeable au titre du droit d'auteur. On peut citer pour exemple, un jugement du tribunal de grande instance de Munich¹¹²⁰ qui considère que l'œuvre protégée en l'espèce est une chorégraphie composée de nombreux mouvements, formant dans son ensemble une œuvre d'art de la danse. N'est donc pas protégée par le droit d'auteur la photo d'un moment unique de cette danse. Par conséquent, la reproduction d'une partie de l'œuvre qui elle-même n'est pas protégeable par le droit d'auteur, n'est pas une exploitation au sens du droit d'auteur.

Lorsque seules des parties d'œuvres sont utilisées, alors il faut rechercher si l'assemblage des fragments représente une création intellectuelle¹¹²¹. Prenons pour exemple le « Routing ». Dans ce cas, l'acheminement de l'œuvre est décomposé en plusieurs paquets individuels, envoyés par des voies différentes, vers une même destination et ainsi rassemblées dans une même œuvre, ou plutôt sa reproduction¹¹²². Il n'est pas contesté que lors de l'assemblage des paquets, on soit bien en présence d'une reproduction d'une œuvre. Ce qui est contesté est bien plus la qualification juridique de « ce qui se produit » dans un processus d'expédition électronique. L'opinion majoritaire en Allemagne¹¹²³ considère que les paquets pris individuellement ne sont pas protégeables, et que par là-même, la qualification du « *routing* » en tant que reproduction n'a pas lieu d'être. Selon M. Dreier, cependant, il ne doit pas être négligé que ce ne sont pas les paquets individuels mais bien l'ensemble de l'œuvre qui est « envoyé » et qui est simplement décomposé de manière technique et de façon incontrôlable puis rassemblée. C'est pourquoi, selon M. Dreier, en vue de qualifier le *routing* d'un point de vue juridique, peu importe, si l'œuvre est reproduite dans son ensemble, ou si pour de simples raisons techniques, l'œuvre est décomposée en plusieurs paquets puis rassemblée. Il en va de même pour ce qui concerne la technique du *sound-sampling*. L'échantillonnage sonore, c'est-à-dire la reprise de petites parties de chansons ou d'enregistrements sonores constitue une reproduction, dès lors que ces parties sont protégées par le droit d'auteur¹¹²⁴.

En France, la jurisprudence tolère qu'un tiers photographie ou filme une œuvre sans autorisation de l'auteur tant qu'elle ne constitue que l'accessoire d'un sujet principal différent. Cette exception jurisprudentielle de l'accessoire ou de « l'arrière-plan » est commune aux droits de reproduction et de représentation. Les applications jurisprudentielles sont nombreuses. On peut cependant souligner que cette théorie de l'accessoire a fait l'objet d'une application remarquée à propos de l'exploitation des cartes postales représentant la « place de Terreaux » à Lyon. Dans ce cas précis pourtant, il semble difficile de considérer que la photographie de la place ne reproduise pas à titre principal l'œuvre nouvelle protégée qui est la place réaménagée elle-même. En fait, il semble que les juges aient pris en compte l'intention du photographe, pour retenir le caractère accessoire de la reproduction des œuvres du sculpteur et de l'architecte. Cela pourtant devrait rester indifférent : en principe, l'atteinte au droit d'auteur ne devrait pas dépendre de l'intention de l'utilisateur, mais seulement du

¹¹²⁰ LG München I : GRUR 1979, 852, 853- *Godspell*.

¹¹²¹ Voir à ce sujet l'arrêt de la CJUE, arrêt *Football Association Premier League*, n° 159.

¹¹²² Traduction de DREIER/SCHULZE, § 16, n° 12.

¹¹²³ Voir à ce sujet : SCHRICKER/LOEWENHEIM 4 A., § 16 Rn. 22 ; A. A. WANDKTE/W. BULLINGER/J. D. HEERMA, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, § 16 Rn. 18.

¹¹²⁴ Voir SCHRICKER/LOEWENHEIM 4 A., Rn.14.

résultat obtenu. On voit ainsi que l'application du critère de l'accessoire n'est pas évidente et empreinte de subjectivité.

2- Adaptation et traduction

Le recours à cette « théorie de l'accessoire » montre qu'il existe une tradition ancienne de tolérance, permettant de reproduire des œuvres sans le consentement de l'auteur, sous certaines conditions. Cette tolérance a cependant des limites. L'art. L.122-4 du *CPI* dispose que « la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque » sont illicites à défaut du consentement de l'auteur.

Adaptation

En France, l'*adaptation* d'une œuvre originale implique une reproduction et nécessite, à ce titre, l'accord de l'auteur de l'œuvre adaptée. Ces actes ne sont pas réductibles à la seule reproduction de l'œuvre. Selon Mme Lebois, l'adaptation en France consiste à reprendre l'œuvre en totalité ou partiellement dans un autre genre (ex/ adaptation d'un roman en film) ou dans une autre forme (ex/ changement de couleurs). Bien sûr, les adaptations et traductions peuvent constituer des œuvres dérivées si elles présentent une originalité propre mais conformément à l'art. L.113-4 *CPI*, les auteurs d'adaptations ou de traductions ne peuvent les exploiter sans le consentement des auteurs des œuvres originales¹¹²⁵.

Contrairement à la législation allemande, le droit d'auteur français n'érige pas l'adaptation et la traduction en prérogatives distinctes. Ces actes sont inclus dans l'orbite de la reproduction par l'art. L.122-4 du *CPI*. Ils se présentent comme des corollaires du droit de reproduction¹¹²⁶. Cette structure du droit de reproduction ne vaut toutefois pas pour les logiciels. L'art. L.122-6 *CPI* consacre en effet de manière distincte le droit d'autoriser la reproduction (art. L.122-6, 1°) et le droit d'autoriser « la traduction, l'adaptation, l'arrangement ou tout autre modification d'un logiciel ou la reproduction du logiciel en résultant » (art. L.122-6, 2°).

En Allemagne aussi, l'*adaptation* d'une œuvre se traduit par une « prise de distance » avec l'original et n'est pas de nature à compromettre la qualification de reproduction. Cependant, une adaptation de l'œuvre pour des besoins privés est autorisée (voir l'art. 23 *UrhG*). Le consentement de l'auteur ne doit être recherché que dans le cas d'une publication ou d'une exploitation. Or on vient de voir, que la reproduction s'étend aussi à une reproduction qui n'est pas un à un identique¹¹²⁷. Comment distinguer en droit allemand la reproduction d'une adaptation¹¹²⁸ ?

Même lorsque des transformations importantes ont été apportées à l'œuvre originale, il peut s'agir en Allemagne d'une reproduction, lorsque ces transformations ont été réalisées sans plus value créatrice. La raison en est que l'originalité de l'œuvre originale est maintenue

¹¹²⁵ Voir en ce sens CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 13 janv. 2010, *Moerman et Galerie Gokelaer et Jansen c/ Sarl l'Office et Issermann* : PI, 2010, n°35, p. 716.

¹¹²⁶ Pour POLLAUD-DULIAN, les actes énumérés à l'article L.122-4 *CPI* ne sont pas réductibles à la seule reproduction de l'œuvre mais concerne aussi le droit de représentation.

¹¹²⁷ *BGH-GRUR* 1988, 533, 535- Vorentwurf II, *BGH-GRUR* 1991, 529, 530- *Explosionszeichnungen*, *KG GRUR-RR* 2004, 129, 131- *Modernisierung einer Leiaufnahme*.

¹¹²⁸ En droit français, cette distinction n'est pas aussi importante, puisqu'il n'existe pas de prérogative distincte concernant l'adaptation.

au niveau de la réplique, et que par conséquent, l'impression générale qui se dégage de l'œuvre reste le même.

On distingue d'ailleurs la „Bearbeitung“ d'une „freie Benutzung“. Lorsque l'œuvre est simplement travaillée ou adaptée (*Bearbeitung*), l'œuvre originaire est encore reconnaissable. Dans le cas d'une *freie Benutzung*, l'œuvre originaire n'est pratiquement plus reconnaissable (*verblasst*) et cette prise de distance ne relève alors plus du droit de reproduction.

Traduction

La traduction non autorisée constitue une contrefaçon. Grâce à l'utilisation d'*internet*, de nouvelles pratiques se sont développées, lesquelles mettent en cause le droit de reproduction. Ainsi en est-il du *fansubing*. Le *fansub* (contraction de l'anglais « fan » et « subtitle », pour « sous-titre ») désigne le sous-titrage d'œuvres audiovisuelles étrangères (film, séries, émissions) par une équipe de traducteurs et sous-titreur qui les rend aussitôt disponibles sur *internet*. Comme l'explique Mme Lebois, il existe aussi une variante du *Fansubing* intitulée *Scantrad* et qui concerne le domaine de l'édition : des bandes dessinées étrangères sont scannées, traduites, puis diffusées sur *internet*. Le *fansub* et le *scantrad* d'œuvres protégées par les droits d'auteur constituent une contrefaçon, puisqu'il s'agit d'une violation de l'art. L.122-4 *CPI*.

L'art. L.122-4 du *CPI*, tout comme l'art. 27 de la loi sur le droit d'auteur allemand montre bien que le droit de reproduction n'est pas uniquement applicable à des reproductions qui sont identiques *une à une*, mais justement, des reproductions qui sont pratiquement identiques¹¹²⁹. Mais jusqu'où va cette protection ?

Reproduction des traits caractéristiques de l'œuvre.

Dans les développements précédents, il n'y a pas de contrefaçon lorsque la reproduction est à ce point réduite qu'elle ne communique pas les traits caractéristiques de l'œuvre. Or les traits caractéristiques d'une œuvre sont à distinguer des idées ou des concepts, ayant inspiré une telle œuvre. Seule la *forme originale*, sous laquelle sont exprimées ces idées est protégée par la propriété littéraire et artistique¹¹³⁰. Autant dire, que l'étendue de la protection découlant du droit de reproduction dépend en définitive de l'étendue de l'originalité de l'œuvre. Comme le souligne Mme Lucas-Schloetter, « moins la création est concrétisée, plus l'efficacité de la protection sera limitée ». Par exemple, l'emballage du Pont-Neuf peut bien donner prise au monopole, mais l'intérêt de la protection est limité par le fait que l'auteur ne peut s'opposer à ce que d'autres prennent le même genre d'initiative.

Conclusion : réception de la jurisprudence de la *CJUE* au niveau national.

¹¹²⁹ Voir à ce sujet, *BGH* : GRUR, 1988, 533, 535, *Vorentwurf II* ; *BGH* : GRUR 1991, 529, 530-*Explosionszeichnungen*.

¹¹³⁰ Cass. 1re civ., 17 juin 2003, n°01-17.650 : *JurisData* n°2003-019454.

Selon l'arrêt « *Infopaq International* »¹¹³¹, tout comme dans l'arrêt « *Painer* »¹¹³², la protection conférée par l'art. 2 de la directive 2001/29 est de portée large. Mme Carre apprécie cette large portée du droit de reproduction, en fonction de la balance des intérêts¹¹³³. A première vue, une large portée du droit de reproduction semble rassurante, pour celui qui accorde de l'importance aux intérêts des auteurs. Reste à savoir, si une telle affirmation emporte la conviction. L'auteur, en effet, lorsqu'il crée une œuvre, peut endosser le rôle d'un utilisateur, dont la marge de manœuvre lors de l'exploitation des œuvres se trouve réduite, lorsque les droits exclusifs sont conçus de manière trop large, à moins de recourir aux exceptions.

Reste à savoir, si la CJUE cherche vraiment à favoriser les auteurs. L'objectif de la Cour consiste à « instaurer un niveau élevé de protection en faveur, notamment, des auteurs permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, y compris à l'occasion des reproductions de celles-ci, afin de pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique¹¹³⁴ ». D'une part, il ne ressort pas clairement des développements de la Cour, que le niveau élevé de protection est prévu *in favorem auctoris*¹¹³⁵, puisque la personne concernée par cette protection ne semble pas devoir être nécessairement l'auteur, ou du moins pas seulement lui. D'autre part, il semble que le droit reconnu à l'auteur n'a pas pour finalité première de permettre à ce dernier d'organiser l'exclusivité. Il s'agit plutôt d'accorder une rémunération appropriée à l'auteur.

De même, dans l'arrêt « *Football Association Premier League* », la Cour estime que tout droit de propriété intellectuelle « vise notamment à assurer aux titulaires de droits concernés la protection de la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation ou la mise à disposition des objets protégés, en accordant des licences moyennant le paiement d'une rémunération »¹¹³⁶.

La Cour tente d'imposer cette conception très pratique et économique du droit d'auteur aux Etats membres. Il s'agit ici en tout cas d'une tendance : un peu comme en droit des brevets, il s'agit de rentabiliser un investissement.

Le risque est de prendre en compte des actes d'utilisation des œuvres, qui ne relèvent pas forcément du droit d'auteur et qui pourraient être libres. A ce propos, en soulevant une question posée par l'avocat général dans l'affaire *Painer*¹¹³⁷, on peut en effet se poser la question, si la « publication du portrait robot en cause peut être qualifié de reproduction de la photographie sur la base de laquelle il a été établi »¹¹³⁸. Dans la mesure où le portrait-robot a été réalisé à l'aide de l'informatique, en numérisant d'abord la photographie en cause, avant de modifier l'image numérisée à l'aide d'un logiciel, il semble qu'on puisse considérer qu'il s'agit là d'une reproduction au sens de l'art. 2 sous a) de la directive 2001/29. Faut-il sous

¹¹³¹ n° 43 de l'arrêt « *Infopaq I* ».

¹¹³² n° 96 de l'arrêt « *Painer* ».

¹¹³³ S. CARRE, *Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit de l'auteur de l'Union*, in : J.-M. Bruyère, *Propriété intellectuelle et droit commun*, p. 34.

¹¹³⁴ n° 40 de l'arrêt « *Infopaq International* », nous soulignons.

¹¹³⁵ l'objectif principal de la directive est « d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, notamment, des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation des œuvres.

¹¹³⁶ n° 107 de l'arrêt « *Football Association Premier League* ».

¹¹³⁷ n° 126 et cf. des conclusions de l'avocate générale Trstenjak, dans l'affaire *Painer*.

¹¹³⁸ n° 126 des conclusions.

prétexte d'une large interprétation d'un droit considérer qu'un portrait robot est la reproduction d'une photo ? Quelle est l'étendue du droit de reproduction ? Considère-t-on en France et un Allemagne, qu'un portrait robot constitue la reproduction d'une photo ?

Pour la *CJUE*, il semble que le portrait robot constitue une reproduction d'une photo. Cette conclusion n'est cependant pas aussi évidente. En effet, la publication d'un portrait robot ne constitue « une reproduction de la photo de portrait lui ayant servi de modèle que si la création intellectuelle personnelle qui fonde la protection de ce modèle par le droit d'auteur est toujours incorporée dans le portrait robot »¹¹³⁹. Or, s'agissant d'un portrait robot qui vise à montrer l'apparence qu'un adulte de 18 ans est supposé avoir en partant de l'image d'un enfant âgé de dix ans, il n'est pas à exclure que les éléments qui sont porteurs de la création intellectuelle personnelle dans le modèle soient largement éliminés lors de la réalisation d'un portrait robot. Par exemple, si la photo de portrait est uniquement utilisée pour relever les caractéristiques biométriques d'une personne et qu'ensuite un portrait robot est établi sur la base de ces caractéristiques, la publication de ce portrait robot ne constitue pas une reproduction au sens de l'art. 2, sous a) de la directive 2001/29.

Indépendamment de l'application pratique de l'étendue du droit de reproduction, l'idée de base développée par la *CJUE* et permettant de qualifier un acte d'utilisation d'une œuvre de reproduction ne bouleverse¹¹⁴⁰ pas les conceptions françaises ou allemandes. Le droit français et allemand sanctionne classiquement la reproduction partielle d'une œuvre, sous condition d'originalité¹¹⁴¹.

Malgré tout, il existe tout de même un certain nombre de différence dans la manière d'appliquer la notion de reproduction aux faits d'espèce, alors que théoriquement, la Cour doit se contenter d'interpréter la notion de reproduction de manière abstraite. L'application de la notion de reproduction donne cependant des informations précieuses sur la manière dont la Cour interprète la notion de reproduction.

La Cour a une interprétation très textuelle¹¹⁴², ou très technique de la notion de reproduction. Elle procède analysant les différentes phases du procédé litigieux, pour y déceler – ou non – un acte de reproduction. En fait, deux conséquences sont à dégager. D'une part, cela conduit à considérer que toute reproduction technique participe à l'exploitation de l'œuvre et doit donc être soumise au monopole de l'auteur (*arrêt Infopaq*). D'autre part, cela revient à qualifier un acte de reproduction, alors que considéré dans sa globalité, on aurait pu qualifier cet acte de communication au public¹¹⁴³ (*arrêt Murphy*).

Dans l'affaire *Infopaq*, tout d'abord, il y a création d'un fichier image (par scannérisation), puis transformation de ce fichier image en fichier texte, puis suppression du fichier image, puis analyse du fichier texte, puis suppression du fichier texte et création d'une synthèse, laquelle est envoyée par e-mail au client etc... Ce dépeçage est dans la logique de la directive, dès lors

¹¹³⁹ n° 129 des conclusions de l'avocat général.

¹¹⁴⁰ L. MARINO, *Florilège de notions communautaires en droit d'auteur, à partir du droit de reproduction et de l'exception de reproduction provisoire*, p. 272.

¹¹⁴¹ En Allemagne, cependant, on n'utilise pas le concept d'originalité d'une œuvre. La notion d'œuvre n'est pas harmonisée sur le plan européen.

¹¹⁴² L. MARINO, *Florilège de notions communautaires en droit d'auteur, à partir du droit de reproduction et de l'exception de reproduction provisoire*, p. 4.

¹¹⁴³ Ch. BERGER, *Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht- Der CJUE bestimmt die Richtung* : ZUM 2012, 353-361.

que l'art. 2 évoque une possible reproduction « provisoire », qu'on va analyser dans la section suivante. Pour Mme Marino, l'approche de la Cour est donc « analytique, simple et tautologique : une reproduction est une reproduction ! C'est une analyse littérale, totalement technique du terme ».

D'un point de vue français, l'arrêt de la Cour de justice est donc intéressant pour son silence : il ne dit pas que la reproduction doit être destinée au public. Conformément à l'approche en droit allemand, les textes européens ne conçoivent pas la reproduction d'un point de vue fonctionnel, ce qui diffère de l'approche française. En France, l'interprétation téléologique du droit de reproduction domine. Il est donc usuel de faire prévaloir la finalité de l'acte et d'intégrer la communication au public dans la notion même de reproduction, ce qui conduit à une vision globale et synthétique de cette notion¹¹⁴⁴. Reste à savoir, si le droit français est conforme à la directive. En effet, l'art. L.122-3 *CPI* est plus étroit que le texte communautaire par sa référence au public. Sans forcément devoir le modifier, il conviendrait néanmoins d'interpréter la notion de reproduction au regard de la large notion communautaire, qui englobe la reproduction provisoire et ne pose pas de critère supplémentaire.

Quelquefois pourtant, le juge français a limité la reproduction à la simple fixation¹¹⁴⁵. Ainsi, conformément à l'art. 2, la Cour et les juges français, dans des cas exceptionnels, réduisent le droit de reproduction au critère de fixation, puisque le droit de communication au public fait l'objet de l'art. 3 de la directive 2001/29. Afin d'éviter toute ambiguïté concernant l'application de la notion de reproduction au monde numérique, la directive ne fait pas explicitement référence à la terminologie de « fixation matérielle ». Il n'empêche qu'une reproduction est bien une « fixation », c'est-à-dire qu'elle inclut un élément stable. L'application de cette notion de reproduction, en tant que simple fixation n'est pourtant pas satisfaisante.

Dans l'affaire *Football Association*¹¹⁴⁶, en effet, le droit de reproduction s'étend à la création de fragments transitoires des œuvres dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision qui se succèdent et sont immédiatement effacés et remplacés par les fragments suivants, à condition que ces fragments contiennent des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle, comme cela avait déjà été précisé par l'arrêt *Infopaq*¹¹⁴⁷. Deux remarques peuvent être formulées : D'une part, on peut se demander, si ces reproductions provisoires ont bien le caractère d'une fixation, traduisant cette idée de stabilité et, d'autre part, si l'appréciation de cet acte n'aurait pas dû s'effectuer par référence à tous les fragments formant un tout et non uniquement par référence à ceux qui existent simplement à un moment donné.

C'est cette segmentation d'un acte d'exploitation en plusieurs fragments, qui risque de poser problème au niveau de la réception de la jurisprudence de la *CJUE* sur le plan national. Comment déterminer l'étendue d'un fragment ? Comment qualifier le *Routing* ou même le *streaming* ? L'acheminement de l'œuvre étant décomposé en plusieurs paquets individuels, peut-on parler d'une reproduction en partie, alors que les paquets pris individuellement ne

¹¹⁴⁴ Voir par exemple : Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, n°02-17.196 : JurisData n°2005-028910 ; Propr. intell. 2005, n°17, p.438, obs. A. LUCAS ; JCP G 2006, I, 103, § 8, obs. Ch. CARON ; JCP G 2006, II, 10009, note T. AZZI.

¹¹⁴⁵ Voir par exemple : Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 1994, n°92-11.701 : JurisData n°1994-000209 ; RIDA oct. 1994, p. 433 ; JCP G 1994, IV, 844.- Cass. 1^{re} civ. 29 janv. 2002, n°00-10.788 : Juris Data n°2002-012763 ; JCP E 2003, 278, obs. H.-J. LUCAS ; Comm.com. électr. 2002, comm. 36, note Ch. CARON.

¹¹⁴⁶ Rn. 153, 159.

¹¹⁴⁷ n° 27 à 29 de l'arrêt *Infopaq*.

sont pas protégeables ? Ou doit-on considérer que l'ensemble de l'œuvre est « envoyé » et simplement décomposé de manière technique, ce qui conduit éventuellement à qualifier ces reproductions intermédiaires de transitoire, pour considérer, tout au moins dans le cas du *streaming*, qu'il y a en fait application du droit de représentation ?

Finalement cela revient à savoir si on reconnaît un caractère provisoire à l'acte de reproduction. Même si de manière explicite, la directive *InfoSoc* tout comme sa transposition en droit allemand dans le cadre de la première corbeille considèrent que la durée d'une reproduction est indifférente, ce sont précisément les reproductions provisoires, de courte durée (en allemand, *vorübergehend*), qui posent difficultés.

Section 2- Difficultés particulières : les reproductions temporaires

Après avoir rappelé que la solution législative d'une exception de reproduction temporaire reste controversée (§1), les développements s'attachent à analyser le contenu de l'exception (§2).

§ 1- Solution législative controversée

Techniquement, le fonctionnement normal d'*internet* passe inévitablement par plusieurs fixations transitoires¹¹⁴⁸ qui rendent l'accès plus rapide et possible. Ces copies intermédiaires se situent tantôt dans le système de l'utilisateur, désignées par le terme de *browsing*, « butinages », ou encore « survol », ou font l'objet tantôt d'un stockage temporaire dans les mémoires caches du serveur, afin d'accélérer le fonctionnement du réseau. On parle alors de *caching*, de *proxy* ou encore d'*antémémorisation*. La question se pose de savoir si une fixation éphémère et fugace peut répondre à la définition de la reproduction.

Avant l'apparition des techniques numériques, la question ne pouvait être posée qu'à partir d'exemples marginaux, tels que l'utilisation de la neige ou du gaz pour reproduire une œuvre des arts plastiques¹¹⁴⁹. Elle est néanmoins au premier plan de l'actualité dans l'environnement numérique. En faveur de la qualification de reproduction, on dira que la notion paraît assez large pour inclure toutes les fixations, quelle que soit leur volatilité, y compris même celle qu'implique, dans la mémoire vive, le simple affichage d'une œuvre sur l'écran d'un ordinateur. On peut donc soutenir que toute fixation implique, ontologiquement, une certaine permanence.

La question vraiment controversée en matière de reproduction concerne donc les fixations temporaires impliquées dans la mise à disposition des œuvres sur *l'internet* : entrent-elles dans le champ des droits exclusifs¹¹⁵⁰ ? Les débats de la Conférence diplomatique de l'*OMPI* en

¹¹⁴⁸ Voir par ex. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, Larcier 2005 ; A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris 1998.

¹¹⁴⁹ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 256.

¹¹⁵⁰ A. LUCAS-SCHLOETTER, *The Acquis communautaire in the Area of Copyright and Related Rights in : T.-E. Synodinou [éd.], Economics Rights in Codification Of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 115 s.

1996 ont échoué sur ce point, et le *WCT* ne résout pas la question. Le législateur de l'UE a, pour sa part, décidé d'intégrer les reproductions temporaires dans le cadre du droit exclusif, tout en excluant certains actes par le jeu d'une exception. Après avoir présenté la solution législative (A) adoptée au niveau européen, tout comme sa transposition en droit allemand et français, il est nécessaire d'examiner cette solution (B).

A- Présentation de la solution législative

Le législateur de l'UE a, pour sa part, décidé d'intégrer les reproductions temporaires dans le cadre du droit exclusif mais d'exclure, par l'exception de l'art. 5 (1) de la directive *InfoSoc*, ceux qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un processus technique, et qui n'ont pas de signification économique indépendante et dont le seul but est de permettre une transmission dans un réseau ou une utilisation licite d'œuvres et d'autres sujets protégés.

La question de savoir, si la reproduction temporaire est considérée comme une reproduction sous l'angle du droit d'auteur, fait l'objet de débats controversés. Il semble que la formule très générale de l'art. 9.1 de la Convention de Berne visant la reproduction « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit », ne donne pas la réponse car elle ne contient aucune définition de la reproduction.

Pourtant, l'art. 2 de la directive *InfoSoc* prévoit explicitement que le droit de reproduction s'applique tout autant en ce qui concerne la reproduction temporaire que la reproduction permanente. Cette précision n'a pas été expressément consacrée par la loi *DADVSI* française du 1 août 2006, car le législateur français a considéré que la définition extensive de l'art. L.122-3 CPI rendait la précision superflue. Le droit allemand, en revanche a transposé la précision terminologique apportée par la directive *InfoSoc*, en précisant explicitement depuis la première corbeille, que la reproduction est soit permanente, soit provisoire.

De même, la directive relative aux programmes d'ordinateur¹¹⁵¹ est plus significative, puisque l'art. 4a) transposée en droit français à l'art. L.122-6-1° CPI soumet expressément au droit exclusif de l'auteur la « reproduction permanente ou provisoire » du programme. Le chargement du logiciel dans la mémoire vive de l'ordinateur, fixation très fugitive de l'œuvre, est inclus dans le monopole de l'auteur. Il était cependant tentant de limiter la portée de cette solution en faisant valoir la spécificité du logiciel, qui est à la fois outil et œuvre, et qui appelle protection autant contre l'utilisation que contre la reproduction au sens strict. De même, l'art. 5 (a) de la directive concernant les bases de données, qui s'applique également en particulier à l'environnement numérique, traite du droit de « reproduction permanente ou provisoire ».

Quoiqu'il en soit la réponse est la suivante : l'art. 2 de la directive sur la société de l'information impose, en effet, aux Etats membres de reconnaître aux auteurs le droit d'interdire la reproduction « provisoire ou permanente », la formule visant, selon la Commission, « à préciser que les reproductions de types très différents qui peuvent se produire dans un environnement de réseau constituent toutes les reproductions ». Cette

¹¹⁵¹ Consolidée par la directive 2009/24 du 25 avril 2009.

position est défendue par de nombreux auteurs¹¹⁵² et a été consacrée par le juge bien avant que les problèmes suscités par la numérisation n'apparaissent¹¹⁵³.

La formulation de l'exception est le résultat de discussions menées au sein de la conférence diplomatique de l'OMPI de 1996, et ont un lien avec *WCT* et *WPPT*. Des conditions *individuelles* et *cumulatives* permettent de définir cette exception.

B- Controverse de la solution législative

La technique législative utilisée peut être reprochée, puisqu'on assiste à l'extension du droit de reproduction, au niveau de l'art. 2 de la directive 2001/29, pour alors immédiatement le limiter par une exception, afin de corriger les effets néfastes de cette extension. Ainsi, selon M. Pignatari, en rendant la transposition de l'exception de reproduction provisoire obligatoire, la directive 2001 a contraint le législateur de l'intégrer dans son dispositif. Or, de telles copies, par nature hors portée du droit d'exploitation, auraient pu — ou auraient du — être admises sans être qualifiées d'exception au sens de l'art. L.122-5 du *CPI*. Il suffisait donc de s'en tenir à l'épure classique d'un droit de reproduction ayant vocation à englober seulement les actes directement destinés à un public. L'analyse communautaire, inspirée du *copyright*, marque un net recul conceptuel qui tend à confondre les termes « reproduction » et « fixation », alors même que le droit d'auteur les distingue.

Pourquoi alors, ne pas exclure en amont cette exception du droit exclusif ? En effet, un acte de reproduction peut être exclu du monopole d'exploitation des auteurs suivant deux méthodes : la première consiste à considérer que l'acte de reproduction ne satisfait pas aux conditions d'application du droit exclusif, la seconde correspond à l'application d'une exception spécialement prévue pour ce type d'acte. Or, la directive 2001/29 prévoit précisément une exception, une méthodologie qui fait l'objet de controverses.

D'une part, certains auteurs considèrent que la reconnaissance d'une exception au niveau national est justifiée et ne constitue pas simplement un choix méthodologique. Selon Mme von Lewinski, l'art. 5 de la directive 2001/29 est bien considéré comme une exception au droit de reproduction, plutôt que comme une définition partielle du droit de reproduction. Par conséquent, l'exception ne peut pas être transposée au niveau de la définition du droit exclusif, comme cela a pourtant déjà été fait dans d'autres Etats membres en violation de la directive *InfoSoc*. En effet, cette exception est soumise au triple test.

Par ailleurs, d'autres auteurs se sont interrogés sur la possibilité d'un recours à la première méthode décrite ci-dessus (à savoir l'exclusion de la reproduction technique provisoire des conditions d'application du droit exclusif) en recherchant les principes pouvant fonder une telle exclusion. Ainsi selon M. Craipeau, trois théories pourraient expliquer l'exclusion du principe, à savoir la théorie de l'autorisation tacite, la théorie de l'accessoire, ainsi que la théorie de l'abus de droit. Pourtant, ces théories doivent être tour à tour rejetées car elles rentrent en conflit avec d'autres règles spécifiques relatives au droit de reproduction.

¹¹⁵² Ainsi, au niveau européen, P.-B. HUGENHOLZ (ed), *Information Law Series-4*, Kluwer, 1996, p. 198.

¹¹⁵³ Voir par exemple : Civ. 1^{re}, 15 oct. 1985, D.1986. Somm. 186, obs. COLOMBET ; RIDA 1986, n°129, p. 124.

La spécificité de l'environnement numérique en ligne est le fait qu'il propose des transmissions numériques des œuvres de l'esprit qui nécessitent la réalisation d'actes de reproduction techniques indispensables à leur communication au public. Exclure certains d'entre eux du monopole d'exploitation de l'auteur revient à considérer qu'ils ne sont pas des actes d'exploitation autonomes. Pour expliquer cette absence d'autonomie, plusieurs fondements ont été proposés en doctrine et en jurisprudence. Certains envisagent l'absence d'autonomie sous l'angle de l'autorisation tacite : l'autorisation donnée à la communication pourrait valoir autorisation implicite de réaliser des reproductions techniques provisoires nécessaires à cette fin (1). D'autres la fondent sur la théorie de l'abus de droit, partant du principe qu'un droit même absolu, doit être exercé en fonction d'une finalité propre (2). Enfin, certains préfèrent l'expliquer par la théorie de l'accessoire, peut-être plus claire et transparente (3).

1- Le rejet de la théorie de l'autorisation tacite

Cette justification du lien de dépendance entre les nombreuses reproductions techniques provisoires et l'acte de mise à disposition du public (et par conséquent, l'acte de communication au public) repose sur la théorie générale des obligations et plus particulièrement sur l'interprétation des contrats par le juge. L'art. 1188 du code civil de 2016 impose en effet au juge de « rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Le pouvoir d'interprétation du juge est donc grand et il lui permet de rendre la cohérence aux contrats qui seraient obscurs, faute d'accord clair des parties. Sans recourir à la technique du forçage du contrat, l'art. 1194 du nouveau code civil encadre l'interprétation du contrat en disposant que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore, à toutes les suites, que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». En matière de droit d'auteur, lorsque l'auteur signe un contrat autorisant la représentation (ou la communication au public) de son œuvre sur l'*internet*, n'est-il pas possible de considérer qu'il autorise également toutes les reproductions indispensables à sa mise en ligne ? A s'en tenir à l'art. 1194 du Code civil, l'autorisation obtenue pour sa mise à disposition n'aurait d'intérêt que si l'auteur n'interdisait pas les reproductions sans lesquelles cette représentation est impossible. Ce raisonnement a été parfois suivi par les juges qui déduisent de la cession d'un droit patrimonial la cession implicite des autres droits nécessaires à rendre la première cession cohérente. Lorsque la reproduction précède techniquement et nécessairement la représentation qui a été préalablement autorisée, il faut admettre que l'auteur a nécessairement et implicitement voulu l'autoriser. Cette analyse jurisprudentielle du problème des reproductions nécessaires à la représentation des œuvres a été fortement critiquée par une partie de la doctrine¹¹⁵⁴.

Cette approche étant cohérente au regard de la théorie générale des obligations, les critiques se sont justement focalisées sur l'application de l'art. L.122-7 du *CPI*. Si la théorie générale des obligations peut trouver à s'appliquer dans des contrats spéciaux de cession de droits, dans la mesure où le régime de ce contrat spécial est lacunaire, c'est oublier en matière de droit d'auteur que l'art. L.122-7 du *CPI* spécifie que « (...) la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction. (...) Lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent art., la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat ». Selon l'adage « le spécial l'emporte sur le général », il ne

¹¹⁵⁴ MÉLANGES LUCAS, p. 330 ; cf. également. P.-Y. GAUTIER, n° 158.

fait aucun doute que la règle d'interprétation restrictive des contrats de cession, posée à l'art. L.122-7 *CPI*, doit avoir toute priorité sur la théorie générale des obligations. Ainsi, en toute rigueur, il faut comprendre l'art. L.122-7 *CPI* comme une prohibition des cessions implicites. Dédire de la cession du droit de représentation, celle du droit de reproduction (ou inversement) est donc interdit. Cette idée est confortée par l'application de l'art. L.131-3 *CPI*, qui pose comme condition de validité des cessions l'apposition de certaines mentions obligatoires. Or celles-ci sont impossibles dans le cas de cessions implicites, l'idée d'une autorisation tacite de l'auteur en matière de reproductions nécessaires à l'acte de communication au public doit être écartée.

Pourtant, M. Gautier reconnaît ces cessions implicites. Reprenant l'exemple de la reproduction du négatif d'un film sur des copies positives, qui n'a d'intérêt que pour la représenter en salle, il estime que « en ce cas, et en dépit des termes trop généraux de l'art. L.122-7 alinéa 3, il faut admettre que la cession du droit de représentation emporte celle du droit de reproduction »¹¹⁵⁵. Dans l'environnement numérique, cet auteur va jusqu'à proposer la création d'un « droit patrimonial exclusif » global, qui se substituerait aux droits de reproduction et représentation. L'idée est originale et intéressante, même si une telle généralisation pourrait être excessive et dangereuse car elle ne tient pas compte de la réalité technique qui permet des reproductions certes provisoires et techniques, mais également autonomes. C'est notamment le cas des copies « cache » réalisées par les moteurs de recherche (Yahoo, Google...) qui permettent aux utilisateurs d'avoir accès à une page *web* directement depuis un serveur dédié, alors même que celle-ci ne serait plus accessible depuis leur serveur d'origine.

Ces reproductions sont provisoires (après un certain délai, elles sont effacées du disque dur des serveurs), techniques (elles facilitent l'accès à la page *web*, d'où un gain de temps et la certitude de trouver une copie de cette page *web*) et enfin autonomes car elles se réalisent automatiquement sur les pages *web* les plus visitées sans nécessairement être liées à un acte de représentation.

Il faut admettre que l'explication théorique de l'autorisation tacite ne permet pas de dégager un principe cohérent et homogène d'exclusion de ces reproductions¹¹⁵⁶.

2- Le rejet de la théorie de l'abus de droit

Cette théorie repose sur l'idée qu'un droit doit être exercé en fonction de sa finalité. Selon une thèse restrictive, le titulaire de droit n'en abuse que quand il a l'intention de nuire. En revanche, dans une conception extensive, l'abus de droit sera caractérisé lorsque l'usage du

¹¹⁵⁵ Voir à ce sujet P.-Y GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, Droits d'exploitation, droits de représentation, hôtel, clients, Télévision, Programmes, Transmission, Œuvre audiovisuelle, Public* : Recueil Dalloz, Sirey, 1994, 32^e cahier, Jurisprudence, p. 450 s.

¹¹⁵⁶ Voir cette paraphrase de M. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Bruxelles 2013, p. 214s : L'exception couvre les reproductions techniquement nécessaires à la circulation de l'œuvre sur les réseaux, ce qui n'est pas le cas de la « copie cache ». Cette « antémémorisation » effectuée notamment par les moteurs de recherche, consiste à stocker des pages de sites *web* et permet ainsi aux internautes d'y accéder plus rapidement voir d'accéder à une page ancienne qui a disparu du site d'origine. Elle constitue certes une facilité pour l'internaute, mais ne présente pas cette nécessité qu'exige la directive de 2001. L'interprétation stricte du texte communautaire conduit donc à considérer que la pratique du cache relève du droit exclusif de reproduction et non de l'exception.

droit est contraire au but social de l'institution de ce droit, à son esprit et à sa finalité ou tout simplement lorsque l'exercice du droit est constitutif d'une faute même non intentionnelle¹¹⁵⁷.

Qu'en est-il de l'auteur qui, ayant autorisé la mise en ligne de son œuvre, interdirait postérieurement les actes de reproduction provisoires nécessaires à cette fin ? Il existe traditionnellement une catégorie qui échappe à l'application de la théorie de l'abus de droit, celle des droits discrétionnaires. Le droit de reproduction peut-il être un de ces droits ? Sachant que « l'exécution des contrats en droit d'auteur ne saurait à l'évidence s'affranchir de l'exigence de bonne foi » dont l'art. 1134, alinéa 3 du Code civil contribue à maintenir généralement le respect, il est possible d'abuser du droit de reproduction.

3- Le rejet de la théorie de l'accessoire

L'adage « *accessorium sequitur principale* » signifie que deux droits peuvent être unis par une sorte d'attraction, si l'un est accessoire de l'autre, c'est-à-dire s'il le complète de quelque manière. Ce lien entre l'accessoire et le principal résulte le plus souvent de l'affectation de cet accessoire au principal. Selon la doctrine, c'est pour faciliter la réalisation de l'objectif principal que l'accessoire est adjoint au principal. En ce sens, il faut envisager le principal comme un tout, un ensemble auquel vient se rattacher l'accessoire. La dépendance est telle que l'accessoire doit suivre le principal. Ce lien d'affectation doit être déduit de la volonté des parties en tenant compte de l'objectif principal poursuivi. Certains ont affirmé que « grammaticalement, l'accessoire cesse d'être accessoire, en devenant nécessaire ». Cela serait d'ailleurs le cas dans notre hypothèse. Ainsi, si le principal dépend de l'accessoire, il perdrait son indépendance. Ces deux notions ne sont pas inconciliables, dès lors que l'accessoire n'est pas nécessaire à l'existence du principal, mais seulement à son usage.

En matière de reproductions provisoires nécessaires à la représentation, il semble que ce raisonnement soit applicable. Les différentes reproductions nécessaires réalisées dans de nombreux points du réseau constituent une partie intégrante du processus de mise à disposition du public, donc du processus plus général de représentation ou de communication au public. Vouloir les isoler est donc normalement impossible et il faut considérer que l'autorisation donnée au titre du droit de communication au public vaut pour ces actes de reproduction. La directive du 22 mai 2001 a tranché la question en reprenant cette idée à l'art. 5.1. Le considérant 33 de la directive précise que cette exception couvre le *Browsing* et le *Caching*, procédés techniques de communication électronique des œuvres au public qui nécessitent de nombreux actes de reproduction techniques provisoires. Pour M. Craipeau, l'exemption prévue pour les actes de reproduction provisoires ne joue que dans la mesure où l'auteur a autorisé la communication au public de son œuvre. Si l'auteur n'autorise pas la communication au public de son œuvre, sa visualisation est illicite et les reproductions provisoires sont contrefaisantes.

Or, cette théorie de l'accessoire n'est pas plus satisfaisante. En effet, elle se heurte en droit français, à l'application du principe de l'indépendance des droits patrimoniaux prévu à l'art. L.122-7, alinéa 2 et 3 du *CPI*, qui précise que « la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction » et « la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation ».

¹¹⁵⁷ Voir à ce sujet, C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, IRPI-LITEC, 1998, n°18 et s., spéc. N°70-71.

Pour M. Craipeau, le recours à une exception est donc fondé. Selon lui, les « actes de reproduction technique provisoire ne constituant qu'une catégorie spéciale parmi les actes de reproduction, il paraît plus opportun de créer une exception obligatoire pour tous les Etats membres »¹¹⁵⁸. Pour soutenir cette argumentation, on peut aussi noter que le recours à une exception semble *a priori* logique : ce n'est pas la durée de la reproduction qui peut faire la différence entre une reproduction licite et une reproduction illicite. C'est pourquoi une reproduction, même provisoire reste une reproduction.

Cet argument n'emporte cependant pas la conviction. Il occulte en effet, le caractère fonctionnel de la reproduction, qui, particulièrement en droit français, doit permettre indirectement une « communication au public ». Les copies provisoires permettent-elles même indirectement de « communiquer une œuvre au public » ? Ces reproductions provisoires ne sont-elles pas que « nécessaire » d'un point de vue purement technologique ?

Certains auteurs critiquent l'application extensive, purement technologique du droit de reproduction, et donc par la-même le recours à une exception. Pour Mme Lucas-Schloetter, cette conception purement technologique de la reproduction semble inutile et artificielle¹¹⁵⁹. Pourquoi faire appel au droit de reproduction lorsque la transmission d'œuvres protégées sur des réseaux est objet du droit de communication au public ? Pourquoi les fixations qui n'ont pas d'autonomie relèvent-elles des droits exclusifs, alors qu'il ne s'agit que de fixations techniquement nécessaires, dans un processus de communication, mais qui ne constituent pas en tant que tel un acte d'exploitation ?

L'acte d'exploitation est le fait générateur du droit patrimonial¹¹⁶⁰. Or cet acte doit être envisagé de manière globale, et non par segments distincts, en eux-mêmes à proprement parler insignifiants. Ainsi, si l'opération de communication de l'œuvre au public donne prise au droit d'auteur et doit donc être autorisée et rémunérée, il apparaît en revanche quelque peu artificiel de vouloir segmenter le processus de communication et de soumettre au monopole toutes les fixations transitoires ou provisoires. En outre, une telle approche donne le sentiment d'une surprotection, sentiment préjudiciable à la légitimité du droit d'auteur, qui est déjà fortement bousculée. On s'est bien gardé dans le passé de raisonner de la sorte avec le cinéma et la télévision. Jamais n'a été évoquée la possibilité de mettre en cause le droit de reproduction sous prétexte que les images étaient fixées sur l'écran de la salle ou du téléviseur.

Concrètement, dans le cas présent, bien-sûr, il n'y a pas de différence entre un acte d'exploitation d'une œuvre qui relève du monopole et un acte exclu du droit exclusif. Il ne s'agit ici que d'une question dogmatique. Chaque fois que l'utilisation d'une œuvre nécessite une reproduction, la simple utilisation de l'œuvre nécessite le consentement de l'auteur. Dans le cadre de l'exception de la reproduction technique provisoire, l'auteur a déjà tacitement donné son consentement à *quoi* ? Puisque cette exception n'est pas liée au paiement d'une rémunération, le résultat concret est le même, que le *Caching* ou les *actes de reproduction* qui permettent la navigation, soient exclus du droit exclusif ou fassent l'objet d'une exception.

¹¹⁵⁸ N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, 2006, thèse, version non publiée, p. 181.

¹¹⁵⁹ A. LUCAS-SCHLOETTER, *The Acquis communautaire in the Area of Copyright and Related Rights* in : T.-E. Synodinou [éd.], *Economics Rights in Codification Of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 115 s.

¹¹⁶⁰ M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE , n° 499.

Le fait demeure toutefois, qu'il semble préférable d'exclure de la portée des droits exclusifs des reproductions temporaires qui ne constituent pas des exploitations indépendantes. C'est la solution adoptée dans l'ECC du projet *Wittem* : le droit de reproduction est le droit de reproduire l'œuvre de quelque manière que ce soit, y compris la reproduction temporaire dans la mesure où elle a une signification économique indépendante.

Qu'on soit au niveau de l'exception ou en dehors du droit exclusif, les difficultés de qualification restent les mêmes. Soit il est difficile de distinguer entre un droit exclusif et une exception, soit il est difficile de distinguer entre les actes qui relèvent du droit exclusif et les actes non soumis au droit exclusif. Les difficultés de qualification restent présentes. Toujours est-il que l'exception peut plus facilement être adaptée aux nouvelles technologies, alors que restreindre le champ d'application du droit exclusif reviendrait en quelque sorte à cristalliser le droit. Alors même qu'actuellement, en attente d'une réforme de la directive *InfoSoc*, le nombre d'exception ne peut être rajouté.

Par ailleurs, le contenu de l'exception reste difficile à cerner. D'un côté, l'acte en question est autonome, puisque les reproductions provisoires sont considérées comme étant des reproductions, et d'un autre côté, ces actes n'ont pas d'indépendance économique. La qualification juridique d'un acte de « reproduction provisoire » pouvant bénéficier de l'exception est par conséquent difficile. C'est pourquoi, il convient d'analyser si la jurisprudence, et particulièrement celle de la *CJUE* permet d'éclairer la notion de reproduction provisoire.

§ 2- Reconnaissance d'une exception obligatoire

Bien qu'on vienne de voir qu'il s'agit d'une véritable exception, cette exception obligatoire se distingue des autres exceptions tel la copie privée ou la citation, car elle touche directement au champ d'application du droit de reproduction. D'ailleurs, comme le formule Mme Bénabou, et malgré les controverses déjà exposées à ce sujet, l'exception pour reproduction provisoire n'est pas une véritable exception, et que par là-même cette exception réduit le champ d'application du droit d'auteur.

A- Contenu de l'exception

Quelques remarques préliminaires (1) précèdent une analyse des conditions d'application (2).

1- Remarques préliminaires

Les fournisseurs d'accès à l'internet ont obtenu satisfaction, tant au niveau de la directive concernant le E-commerce, qu'au niveau de la directive concernant la société de l'information, c'est-à-dire la directive 2001/29/CE. L'art. 5.1 de la directive *InfoSoc* impose aux Etats membres d'exempter « les actes de reproduction provisoires visés à l'art. 2, qui sont

transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante », sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'art. 2.

L'exception de reproduction provisoire est la seule exception dont la transposition était obligatoire pour les Etats membres. D'ailleurs, il semble même que ceux-ci soient tenus d'entrer dans cette logique d'exception. C'est pourquoi, la solution retenue par exemple par le législateur néerlandais, qui retient une définition restrictive de la reproduction excluant les actes visés par l'art., ne semble pas transposer correctement la directive. En Allemagne, l'exception a été transposée en 2003 au paragraphe 44a, grâce à la loi traitant de la régulation du droit d'auteur dans la société de l'information¹¹⁶¹ dans le cadre de la première corbeille et la formulation reprend largement celle de la directive *InfoSoc*¹¹⁶². En France aussi, la formulation de l'exception reste proche de la rédaction européenne sans toutefois la recopier purement et simplement. Ainsi, l'art. 5.1 a été transposée à l'art. L.122-5 6° par la loi *DADVSI* du 1^{er} août 2006 et fait échapper au droit exclusif « La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire lorsqu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des œuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre ».

Reste à savoir, quels sont donc, parmi les reproductions provisoires, celles qui sont autorisées ? Comment interpréter l'art. 5.1 et donc par analogie l'art. L.122-5 6° du *CPI* en France et le paragraphe 44a de la loi sur le droit d'auteur allemand ? En effet, aucun des termes de l'exception n'est véritablement défini par la directive *InfoSoc*, ou pourrait être déduite d'une interprétation grammaticale de la directive¹¹⁶³. De même les travaux préparatoires des lois de transpositions ne sont pas toujours d'une grande aide. Qu'est-ce qu'une reproduction transitoire ou accessoire ou qu'est-ce que la partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ? Tout au plus, les considérants, même s'ils n'ont pas de valeur obligatoire, permettent de comprendre le but recherché par l'exception, tout comme la jurisprudence de la *CJUE*, qui récemment saisie de questions préjudicielles en interprétation, a eu l'occasion d'apporter des précisions concernant cette exception. S'agissant de la seule exception obligatoire, traduisant ainsi une volonté d'harmonisation, on comprend bien que la notion de « reproduction provisoire » constitue une « notion autonome ».

Selon la *CJUE*, un acte de reproduction est exempté du droit de reproduction, lorsque cinq conditions¹¹⁶⁴ cumulatives¹¹⁶⁵ sont réunies, à savoir le caractère provisoire (1), transitoire ou accessoire (2), constituant une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique (3), ayant pour unique finalité de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé (4), et enfin, n'ayant

¹¹⁶¹ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, v. 10.09.2003.

¹¹⁶² Traduction libre de l'allemand. Paragraphe 44a UrhG : Sont possible (*zulässig*) les actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont la finalité est de permettre : a) Une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante.

¹¹⁶³ TH. DREIER in : Dreier/Schulze, Rn.6, § 44a UrhG.

¹¹⁶⁴ Voir l'énumération à l'arrêt *Infopaq II*, n° 25.

¹¹⁶⁵ Arrêt *Infopaq*, n° 55. Et arrêt *Infopaq II*, n° 26.

pas de signification économique indépendante (5). Au final s'ajoute le test des trois étapes. La *CJUE* précise explicitement que le non-respect d'une d'entre elles a pour conséquence que l'acte de reproduction n'est pas exempté, au titre de l'art. 5, paragraphe 1 de la directive 2001/29, du droit de reproduction prévu à l'art. 2 de celle-ci¹¹⁶⁶. Actuellement, trois grands arrêts précisent l'interprétation de la reproduction provisoire : l'arrêt *Infopaq*, l'arrêt *Infopaq II*, et l'arrêt *Football Association*. Dans l'arrêt *Infopaq*, la Cour n'évoque pas précisément les trois dernières conditions, ni même le test des trois étapes. Les développements ne portent que sur la première et la deuxième condition¹¹⁶⁷. C'est dans l'arrêt *Infopaq II*, qu'il faut rechercher l'interprétation de la troisième à la cinquième condition dans le but d'interpréter l'art. 5 paragraphe 1 de la directive *InfoSoc*.

Reste à savoir, si ces trois arrêts permettent véritablement d'éclairer les termes de la directive ou s'il reste des zones d'ombres, rendant l'application de cette exception difficile en France et en Allemagne. Par analogie, la notion autonome dégagée par la *CJUE* permet aussi d'appliquer l'exception de reproduction provisoire au niveau national. On peut toutefois souligner que cette exception n'a pas encore fait l'objet de nombreuses applications en France et en Allemagne.

2- Conditions d'application

Selon la *CJUE*, il y a reproduction provisoire, lorsque cinq conditions cumulatives sont remplies : la reproduction doit être provisoire (a), avoir un caractère transitoire ou accessoire (b) constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique (c), permettre la transmission dans un réseau entre tiers, par un intermédiaire, ou l'utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé (d) et finalement, ne pas avoir de signification économique indépendante (e).

a- Reproduction provisoire

L'art. 5.1 de la directive *InfoSoc* concerne les actes de reproductions provisoires. Le même vocabulaire est employé dans la loi allemande et française. Les reproductions provisoires sont à distinguer des reproductions permanentes. Cependant, il faut souligner que la directive n'indique aucun critère permettant de distinguer entre un acte provisoire et permanent d'une reproduction. La directive présuppose uniquement qu'une reproduction temporaire est limitée dans le temps. On peut d'ailleurs souligner que ce n'est pas l'acte de reproduction en soi, qui est provisoire, mais bien le résultat de cet acte. Ne sont par exemple provisoires que les opérations d'enregistrement, qui ne sont pas d'une trop longue durée. A partir du moment où il n'existe pas d'opération d'enregistrement pérenne, et que par là-même, aucune reproduction n'est permanente, il est clair que pour apprécier la durée d'une reproduction, il faut tenir compte des possibilités techniques du moment. Sont considérées comme provisoires, par exemple les reproductions réalisées lors de la transmission ou de l'utilisation d'une œuvre sous forme numérique et qui sont réalisées pour des raisons purement

¹¹⁶⁶ Voir arrêt *Infopaq 2*, n° 26.

¹¹⁶⁷ Arrêt *Infopaq*, n° 61 à 71.

techniques à cause de la configuration des télécommunications et du système de l'ordinateur, puis *automatiquement effacées* après un laps de temps non significatif¹¹⁶⁸.

D'ailleurs le considérant 33 de la directive *InfoSoc* précise que la présente exception couvre les actes qui permettent le survol (*Browsing*), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (*Caching*). Comme le souligne M. Lucas, on peut faire un parallèle avec l'art. 13 de la directive sur le commerce électronique (la directive E-commerce). En ce sens, l'art. 13 délimite la portée de l'immunité accordée aux prestataires intermédiaires pour le « simple transport » des informations, et inclut expressément dans les activités en cause « le stockage automatique, intermédiaire et transitoire », qui correspond aux copies très volatiles qu'impliquent le fonctionnement du réseau, et qui constitue une forme particulière de *Caching*, souvent désignée sous l'appellation de « rouage » (*Routing*). Ici, c'est la durée très brève de la fixation qui impose la mise à l'écart du droit exclusif. En droit allemand, les travaux préparatoires citent aussi quelques exemples.

b- Caractère transitoire ou accessoire de la reproduction

Dans les mêmes termes que la directive, l'art. L.122-5-6° limite la portée de l'exception aux reproductions « présentant un caractère transitoire ou accessoire ». La même formulation est employée par la loi allemande. Selon les commentaires allemands, cette précision permet simplement de limiter un peu plus la portée de la notion de reproduction provisoire. On peut d'ailleurs remarquer que cette alternative n'est pas davantage éclairée par le 33° considérant.

Il semble néanmoins que la reproduction « transitoire » soit celle inhérente à la circulation même de l'œuvre sur le réseau. Selon Mme von Lewinski, ces actes de reproduction sont transitoires, si ces actes sont de durée particulièrement courte. Il s'agit en général de quelques microsecondes, dans la mémoire cache ou dans la mémoire *RAM* d'un ordinateur, lorsque ces reproductions sont effacées automatiquement dans le cadre de nouveaux usages ou à la fin de la séance de travail.

Les développements de l'arrêt *Infopaq* de 2009 portent sur cette deuxième condition. Or contrairement à ce qu'on pourrait croire, un acte provisoire n'est pas forcément transitoire. Quelle est la différence ? Avec humour, Mme Marino précise que le transitoire a une durée extrêmement brève, sauf qu'il y a du provisoire qui dure ! La reproduction « accessoire », qui est, par hypothèse, d'une durée plus longue (que le législateur n'a pas jugé opportun de cadrer), est plus difficile à cerner.

c- Partie intégrante et essentielle d'un procédé technique

Toujours dans les mêmes termes que la directive, l'art. L.122-5-6° *CPI* et le paragraphe 44a *UrhG* exigent que la reproduction soit une « partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ». A ce sujet, rien n'est précisé dans les travaux préparatoires de la directive. On peut cependant tenir compte du sens et du but de l'exception.

¹¹⁶⁸ DREIER in : Dreier/Schulze, Rn. 4, § 44 *UrhG*. Voir par exemple au niveau de *CJUE*, Rs C-5/08, R. 2009 I-6569, n° 62 s., - *Infopaq* : bei Ausdrucken nicht mehr gegeben; voir aussi Rs C-403/08, R. 2011 I-000, n° 161s. *Football Association Premier League*.

La formule veut, de toute évidence, mettre l'accent sur le fait que les copies ne sont pas réalisées pour elles-mêmes, mais comme une étape dans un processus technique de communication. L'arrêt *Infopaq II* précise même que les actes constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, nonobstant le fait qu'ils introduisent et clôturent ce procédé ou même qu'ils impliquent une intervention humaine¹¹⁶⁹.

Il semble cependant, que cette condition soit intimement liée à la condition suivante.

d- Transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé

La directive tout comme la loi allemande visent les actes « ayant pour unique *finalité* de permettre a) *une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire* ou b) *une utilisation licite d'une œuvre* ». Tout comme la directive et la loi allemande, l'avant-projet de loi française évoquait la « finalité » de la reproduction. Finalement, le législateur français ne fait céder le droit exclusif que pour les reproductions provisoires ayant « pour unique *objet* de permettre *l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire* ». Selon M. Lucas, cette référence à « l'objet » (et non à la finalité) en France, veut probablement couper court aux discussions sur la motivation des intéressés. Analysons successivement les deux possibilités alternatives.

Premièrement, l'exception peut s'appliquer lorsque l'œuvre est transmise dans le cadre d'un réseau. L'avant projet de loi française reprenait également la rédaction de la directive sur la « *transmission dans un réseau entre tiers, par un intermédiaire* », là où la loi française évoque désormais la « transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ». Selon M. Lucas, cette formulation semble destinée à inclure dans le champ de l'exception toute reproduction répondant aux conditions posées, qu'elle *soit ou non effectuée par l'intermédiaire* lui-même.

En Allemagne, à première vue, il semble qu'un rôle plus important soit attribué aux intermédiaires. Les commentaires allemands font référence au considérant 33 de la directive 2001/29/CE qui prévoit que « les actes privilégiés sont aussi les actes qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information ». Une lecture *a contrario* du considérant 33 permet de considérer que ne sont privilégiées que les interventions d'un intermédiaire, et non les actes d'un expéditeur ou d'un récepteur. Cependant, en Allemagne aussi, certains commentaires considèrent que l'intervention d'un intermédiaire n'est pas forcément requise. Si tel était le cas, les titulaires de droits pourraient forcer les intermédiaires à utiliser des techniques de transmission techniquement moins complexes et moins efficaces. Ainsi, l'enregistrement bref de contenu protégé par les moteurs de recherche, permettant par là-même, une plus grande efficacité du système informatique, entre dans le champ d'application de la première alternative.

¹¹⁶⁹ Arrêt *Infopaq II*, CJUE, C-302/10, 2012, Rn. 39 : *Datenerfassungsverfahren mit manueller Einleitung*.

Deuxièmement, l'exception peut également s'appliquer lorsque l'acte de reproduction permet d'utiliser l'œuvre licitement. Reste à savoir, ce qu'on entend par l'*utilisation licite* d'une œuvre. A nouveau, on peut recourir au 33^{ème} considérant stipulant qu'une utilisation est réputée licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi. Ici encore, la formulation de ce considérant n'est pas d'une grande aide. A quoi peut bien correspondre une « utilisation » non « limitée » par la loi ? Comme le souligne M. Lucas, il semble bien qu'en réalité, la directive ait voulu, en s'inscrivant dans « l'acquis communautaire », reprendre la méthode déjà mise en œuvre pour les logiciels et pour les bases de données, qui consiste à définir l'utilisateur légitime comme celui qui peut justifier d'une autorisation délivrée par le titulaire de droits ou se prévaloir de l'application d'une exception¹¹⁷⁰. De manière générale, cette méthode revient à délimiter le périmètre de l'exception par référence aux stipulations contractuelles. On verra que cette méthode est critiquable¹¹⁷¹, puisqu'en général, il n'y a pas de véritable recherche de la balance des intérêts, mais ce sont plutôt les intérêts des titulaires de droit qui prédominent¹¹⁷².

e- Pas de signification économique indépendante

La dernière condition prévue à l'art. 5.1 de la directive, tout comme dans la loi allemande est relative à l'absence de « signification économique indépendante ». Le législateur français, lui, parle d'absence de « valeur économique propre ». Cette différence de rédaction est sans portée, puisque le législateur français a emprunté le concept de « valeur économique propre » au 33^{ème} considérant de la directive.

Deux arrêts de la *CJUE* viennent interpréter la signification de cette condition. Dans l'arrêt *Football Association*, les actes de reproduction réalisés dans le cadre d'un procédé technique rendant possible l'accès aux œuvres protégées ayant une valeur économique revêt nécessairement aussi une signification économique. Encore faut-il cependant, que cette signification économique soit indépendante, en ce sens qu'elle aille au-delà de l'avantage économique tiré de la simple réception d'une émission contenant des œuvres protégées, c'est-à-dire, au-delà, de l'avantage tiré de sa simple captation et de sa visualisation¹¹⁷³. Dans cette affaire, il est intéressant de noter que les actes de reproduction provisoires, réalisés dans la mémoire du décodeur satellitaire et sur l'écran de télévision forment une partie inséparable et non-autonome du processus de réception des émissions radiodiffusées contenant les œuvres en cause. Par conséquent, ces actes de reproduction provisoires ne sont pas susceptibles de générer un avantage économique supplémentaire qui irait au-delà de l'avantage tiré de la simple réception des émissions en cause¹¹⁷⁴. Il s'ensuit, que les actes de reproduction en cause dans l'affaire au principal ne sauraient être considérés comme ayant une signification économique indépendante.

De même l'arrêt *Infopaq II* précise que lesdits actes ne doivent pas avoir de signification économique indépendante, en ce sens que l'avantage économique tiré de leur mise en œuvre ne doit être ni distinct, ni séparable de l'avantage économique tiré de l'utilisation licite de

¹¹⁷⁰ Th. DREIER in : Dreier/Schulze, Rn. 8.

¹¹⁷¹ Il s'agit ici d'un aspect aussi très intéressant.

¹¹⁷² *Ein weitreichendes Verbotsrecht*.

¹¹⁷³ Arrêt *Football Association*, n° 174 et 175.

¹¹⁷⁴ Arrêt *Football Association*, n° 177.

l'œuvre concernée. Il ne doit pas générer un avantage économique supplémentaire, allant au-delà de celui tiré de ladite utilisation de l'œuvre protégée¹¹⁷⁵. Ce qui importe, c'est que la reproduction provisoire en question ne donne pas lieu à un nouvel acte d'exploitation indépendant.

Pour conclure, le critère de signification économique n'est pas mauvais en soi. Il n'est pas anormal de tenir compte, pour circonscrire le monopole de l'incidence économique des actes en cause. Mais la formule autorise bien des interprétations, ce qui ne correspond pas au souci de sécurité affiché.

Les seuls domaines où l'accord est facile à réaliser sur l'idée que les actes de reproduction provisoires n'ont pas de valeur économique propre et ne risquent donc pas de porter atteinte aux intérêts économiques du titulaire des droits sont les suivants : les copies éphémères liées au seul transport du contenu numérique ; la copie « cache » ou « tampon » effectuée par les fournisseurs afin de stocker l'information sur un centre plus proche, ce qui permet d'accélérer l'accès aux données et la fluidité du réseau ; le « butinage », qui permet de se déplacer de sites en sites à la recherche d'information. C'est d'ailleurs ce que confirme le 33^{ème} considérant.

B- Analyse et réception au niveau national

Avant d'évoquer la réception de la jurisprudence de la CJUE en droit national (2), une analyse critique permet de mettre en lumière les zones d'ombres (1) tout comme les incertitudes.

1- Analyses critiques

Des incertitudes liées notamment à l'exclusion de logiciels et de bases de données du champ d'application de l'exception de reproduction provisoire nécessitent d'être soulevées (b) après avoir souligné les zones d'ombres (a).

a- Zones d'ombres au niveau des conditions d'application.

Comme déjà souligné, l'art. 5.1 autorise bien des interprétations, ce qui ne correspond pas au souci de sécurité affiché. C'est notamment le développement de nouvelles technologies, qui entraîne des hésitations quant au fait de savoir, si un acte d'utilisation d'une œuvre fait l'objet d'un droit exclusif ou l'objet d'une exception.

De grandes hésitations sont par exemple liées à la qualification juridique de la méthode de *caching*. En effet, on a déjà eu l'occasion d'évoquer le considérant 33 de la directive *InfoSoc*, selon lequel le *caching* relève de l'exception de reproduction provisoire. Pourtant, les annotations du *CPI* français concernant l'exception de reproduction provisoire souligne bien que seul certains « caches » sont concernés par l'exception.

¹¹⁷⁵ Arrêt *Infopaq II*, n° 50.

Le *caching* est donc un terme général, qui en informatique désigne une « activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus, qu'un prestataire transmet, dans le seul but de rendre plus efficace la transmission »¹¹⁷⁶.

Existe-t-il différents types de *caches* ayant une qualification juridique différente ? Le juge européen ne s'est pas encore prononcé sur ce point précis. Seul les juges nationaux et la doctrine apportent une réponse différenciée, pas encore unifiée. Suivant le type de *cache*, la reproduction en question relève ou non de l'exception. Le seul consensus acquis est le fait de considérer que ces actes sont couverts par un droit de reproduction défini largement. En revanche, le fait de savoir si ces reproductions échappent au droit exclusif, au travers de l'application de l'exception obligatoire, est très controversé.

Différents types de *cache* peuvent être distingués, à savoir le *local caching*, le *proxy caching*, le *content caching*, ou le *cache de moteurs de recherche etc...* le développement des nouvelles technologies étant fulgurant. Deux types de caches sont particulièrement répandus, à savoir le *proxy caching* et le *local caching*¹¹⁷⁷, dont on va d'abord brièvement décrire le fonctionnement technique, avant d'envisager une qualification juridique.

La technique du *proxy caching* permet aux *fournisseurs d'accès* de mettre en place des serveurs relais sur lesquels ils font des copies des sites¹¹⁷⁸ les plus demandés et où ils stockent les services qui ont déjà été consultés. Par conséquent, le « cache proxy » réduit le temps de connexion à des sites parfois situés à longue distance et évite d'encombrer les réseaux. Dans le cadre du *local caching*, le processus consiste à réaliser une copie de chaque page *web* consultée et à stocker, d'une durée modulable, dans le disque dur de l'ordinateur utilisé. Comment peut-on qualifier juridiquement ces différents *caches* ?

Pour le *proxy caching*, certains auteurs allemands reconnaissent l'application de l'exception de l'art. 44a UrhG¹¹⁷⁹. Représentant une opinion minoritaire, M. Schack souligne que les reproductions dans le cadre d'un *proxy-cache* ne relève pas de l'exception. Selon lui, les *caches* sont trop grands et restent par ailleurs même que l'ordinateur est éteint. En outre, dans le cadre du *proxy-cache*, on économise de l'argent, car les échanges se font plus rapides. Ces reproductions ont donc une importance économique significative. A propos des *content caching*, le débat est tout au moins controversé. Certains considèrent que le *content caching* constitue une reproduction provisoire¹¹⁸⁰, d'autres qu'il relève du droit exclusif¹¹⁸¹, sans application de l'exception¹¹⁸². C'est par exemple le cas, lorsqu'on utilise le serveur *Netscape*¹¹⁸³.

¹¹⁷⁶ Voir le Lexique, in : C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, p. 221 et s.

¹¹⁷⁷ J. ENSTHALER, S. WEIDERT, *Handbuch Urheberrecht und Internet*, p. 181 et s.

¹¹⁷⁸ Il s'agit du *Mirroring*, ou *technique du « site miroir »*. L'ensemble du site est alors reproduit sur le serveur relais. Voir A. LUCAS : JCL, *Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1248, 12 avril 2004.

¹¹⁷⁹ Commentaire de DREIER, in : Dreier/Schulze, Rn. 4. „Erfasst sein können allenfalls solche Vorgänge, die zeitlich begrenzt zum besseren Funktionieren des Internet beitragen, wie z.B. das Proxy-Caching“. Il en va de même pour HAEDICKE et pour SCHRICKER. Il en va différemment de SCHACK.

¹¹⁸⁰ Voir par exemple les développements de WELSER in : WANDTKE/BULLINGER, Rn.6, 21.

¹¹⁸¹ Voir à ce propos la thèse de M. SCHIPPAN, *Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von Internet und digitaler Technologie*, 1999, p. 94.

¹¹⁸² Voir à ce propos, Th. DREIER in : Dreier/Schulze, Rn. 4.

¹¹⁸³ A. KLETT, *Urheberrecht im Internet aus deutscher und amerikanischer Sicht*, p. 124. „Da gängige Browser-Softwareprogramme wie etwas Netscape den Inhalt des internen Cache im Computer des Nutzers auch dann noch speichern, wenn die Software geschlossen wird...“.

Il semble y avoir un accord pour les *caches* de « moteurs de recherche » (c'est-à-dire de *Google*, de *Yahoo* etc.), tout au moins en Allemagne. En effet, les juges du *BGH* considèrent qu'on ne peut pas appliquer l'exception de reproduction provisoire. C'est ce qui est explicitement prévu dans l'arrêt *Vorschaubilder II*¹¹⁸⁴, de 2012.

Savoir si ces actes de reproduction relèvent de l'exception obligatoire est pourtant crucial. Considérer qu'ils doivent relever du droit exclusif, signifie que tous les utilisateurs ou intermédiaires techniques (hébergeurs, fournisseurs d'accès, développeurs...) qui réalisent ces reproductions devront demander l'autorisation des titulaires de droit et payer une rémunération correspondante. Le coût induit serait alors exorbitant. En outre, même si elle est de règle en droit d'auteur, le caractère très strict de l'interprétation conduirait à terme à empêcher tout bonnement la communication des œuvres sur les réseaux numériques.

L'exemple du *caching* montre bien la difficile application des conditions, qui d'ailleurs se recoupent partiellement, dans le but de définir un acte de reproduction provisoire. Faire la distinction entre un acte qui relève d'un droit exclusif et un acte relevant d'une exception n'est pas simple à faire. D'autres actes d'utilisation des œuvres, comme par exemple le *streaming*, peuvent constituer un acte relevant de la reproduction provisoire. Cependant, la visualisation d'une œuvre vidéo grâce au Streaming, par exemple, peut également faire l'objet du droit de représentation et le débat ne porte donc plus uniquement sur la distinction entre un droit exclusif et une exception. Bien sûr, comme le souligne M. Lucas, dans le cas du *proxy caching*, par exemple, on aurait également pu cantonner la discussion au point de savoir si le dispositif réalisait en lui-même [effectuait ?] une nouvelle communication.

La définition exacte de l'exception obligatoire relative aux actes de reproduction provisoire, transitoire ou accessoire est difficile à apprécier. Cette imprécision a fait l'objet de discussions nourries¹¹⁸⁵, même le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la question en faisant remarquer que : « les critères de la copie technique retenus dans la proposition de la directive communautaire du droit d'auteur paraissent imprécis et peu opérants »¹¹⁸⁶. Et il faut préciser que le tout a fait l'objet de Lobby¹¹⁸⁷. L'imprécision entraîne d'autres risques, par exemple, les interprétations divergentes de l'exception remettraient en cause l'harmonisation recherchée à travers la directive.

Mis à part une interprétation difficile des conditions dégagées par la *CJUE* afin de définir l'exception de reproduction provisoire, d'autres éléments externes sont sources d'incertitudes.

¹¹⁸⁴ Voir à ce sujet OLG, Jena : GRUR-RR 2008, 223, 224- *Thumbnails*, von *BGH* GRUR 2010, 628 - *Vorschaubilder nicht erörtert, da § 44a jedenfalls wegen wirtschaftlicher Bedeutung abgelehnt*. Cependant, l'arrêt *BGH* : GRUR 2012, 604, tz. 14- *Vorschaubilder II*, prévoit explicitement que la reproduction provisoire n'est pas applicable.

¹¹⁸⁵ Le rapport sur la proposition de directive du Parlement européen.

¹¹⁸⁶ G. DE BROGLIE, *Le droit d'auteur et l'internet*, PUF, 2001, p. 40.

¹¹⁸⁷ De la part, par exemple, du *GESAC (Groupement Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs)*, la société Frane Télécom.

b- D'autres incertitudes

aa- Exclusion des logiciels tout comme des bases de données et exception de reproduction provisoire

En France, l'art. L.122-5-6° *CPI* dispose que la seule reproduction provisoire exemptée est celle qui porte « sur des œuvres *autres* que les logiciels et les bases de données ». La loi allemande, elle, ne prévoit pas expressément cette précision, bien qu'une interprétation en conformité avec la directive *InfoSoc* implique aussi une telle lecture du paragraphe 44a *UrhG*. En fait, l'exclusion résulte indirectement de l'art. 1^{er} (2) de la directive *InfoSoc*, qui précise que celle-ci « laisse intacte et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires concernant un certain nombre de thèmes, parmi lesquels les programmes d'ordinateur et les bases de données ». Poussé à l'extrême, cette précision prend des allures paradoxales.

C'est la conclusion à laquelle parviennent un certain nombre d'auteurs¹¹⁸⁸, en illustrant leur propos de la façon suivante. Prenons pour exemple la copie « cache » d'un site *web* réalisée dans un *proxy*. On a omis de discuter si un site *web* peut être qualifié de « base de données ». De plus, il est également connu que les œuvres qui circulent sur les réseaux sont toutes accompagnées d'un logiciel. Or, selon les termes de la loi française, reprenant la logique européenne, les actes techniques de reproduction provisoires ne sont pas possibles pour les bases de données ou les logiciels. Dans ce cas, quels actes techniques de reproduction entrent dans le champ d'application de l'exception, à partir du moment où cette exception a particulièrement vocation à s'appliquer dans le monde numérique ? Il semble bien que l'exception des actes techniques de reproduction provisoires soit dans la majorité des cas vidée de son contenu !

bb- Reproduction provisoire et application du triple test.

De nombreuses hésitations avaient été formulées par M. Craipeau à propos de l'application du test des trois étapes à l'exception de reproduction provisoire. D'une manière générale, en effet, le test des trois étapes est une limite aux exceptions. Comme le souligne M. Craipeau, l'enjeu est de taille pour l'exception obligatoire, car si les conditions posées par le triple test ne sont pas remplies, il y aura un retour au droit exclusif.

Le Test des trois étapes est en fait issu de l'art. 9 de la convention de Bern, et a été repris par l'art. 13 des accords *ADPIC*, puis par l'art. 10, I, II du traité *OMPI* sur le droit d'auteur et par l'art. 16, I, II, du traité *OMPI* sur les droits voisins. Enfin, la directive *InfoSoc* le prévoit explicitement au niveau de l'art. 5 V et prévoit que les exceptions et limitations ne sont applicables que dans certains cas spéciaux (1), que ces exceptions ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou à tout autre objet protégé (2) et que finalement ces exceptions ne doivent pas causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits (3).

En France, ce test des trois étapes a été transposé par la loi *DADVISI* du 1. août 2006, à l'art. L.122-5 9° *CPI*, avant dernier alinéa. Seules les deux dernières conditions du triple test sont expressément mentionnées dans le *CPI*, puisque la première condition est évidente. Il va de soi, que le test des trois étapes n'est applicable que dans des cas spéciaux, puisque les

¹¹⁸⁸ P. SIRINELLI, *Etat des lieux - La situation en France*, in : *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, 2007.

exceptions, en soi, sont exceptionnelles et ne s'appliquent qu'à des cas spéciaux. En Allemagne, en revanche, le test des trois étapes n'a pas été expressément transposé dans la loi sur le droit d'auteur. De manière implicite, le législateur allemand considère que la formulation des limites tient déjà compte du triple test¹¹⁸⁹, si bien que cette reprise dans la loi est superflue. On peut néanmoins se demander si toutes les limites au droit exclusif allemand sont conformes au triple test¹¹⁹⁰.

Analysons, si les doutes de M. Craipeau concernant l'application du triple test sont justifiés. En fait, selon la *CJUE*, il suffit de constater que, si ces actes de reproduction remplissent toutes les conditions de l'art. 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour, il doit être considéré qu'ils ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit¹¹⁹¹.

Ainsi, les actes de reproduction provisoires effectués au cours d'un procédé d'acquisition des données¹¹⁹², ou effectués dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision¹¹⁹³ remplissent les conditions énoncées à l'art. 5, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc* et peuvent dès lors être réalisés sans l'autorisation des titulaires de droits d'auteur concernés.

Conclusion

Le respect du triple test ne pose donc pas autant de difficultés contrairement à ce qui avait été évoqué. Bien sûr, les conditions d'application de l'exception provisoires sont complexes à interpréter. Au vu de l'évolution technique très rapide, on peut se demander s'il n'est pas vain de vouloir tracer une frontière nette entre l'exploitation et l'exception, notamment sur la base des critères proposés. L'incertitude qui subsiste sur le statut des copies provisoires faites par les moteurs de recherche et les logiciels de filtrage des informations en apporte la démonstration. Ce constat aurait pu inciter à résister à la tentation de légiférer.

2- Réception en droit national de la notion de « reproduction provisoire » ?

Les conditions proposées par la *CJUE* font-elles l'objet d'une réception au niveau national, en France (a) et en Allemagne (b) ?

a- En France

Se pose la question de savoir, dans quel cadre l'exception de reproduction provisoire a déjà été interprétée en droit français, et si des actes d'utilisation des œuvres ont déjà été

¹¹⁸⁹ Voir les commentaires relatifs à l'exception de reproduction provisoire, WANDTKE/BULLINGER/ v. WELSER, § 44a Rn. 22.

¹¹⁹⁰ La *CJUE* n'a pas la compétence pour juger de l'adéquation des exceptions nationales avec les exceptions européennes.

¹¹⁹¹ Arrêt *Infopaq II*, n° 56 et s.

¹¹⁹² Arrêt *Infopaq II*, n° 57.

¹¹⁹³ Affaire C-403/08, Affaire *Football Association*, n° 182.

qualifiés comme tel. Dans l'affaire dénommée *Wizzgo*, le tribunal de grande instance de Paris s'est posé la question de l'application de l'exception de reproduction provisoire.

aa- Commentaire de l'affaire *Wizzgo*

Bien sûr, le jugement *Wizzgo* rendu par le TGI en France, le 25 novembre 2008 ne peut pas faire référence à l'arrêt *Infopaq* rendu en 2009, et encore moins à l'arrêt *Infopaq II* de 2012, ni à l'arrêt *Football Association* de 2011. On peut tout de même mettre en parallèle l'argumentation du TGI et l'argumentation de la CJUE.

Dans l'affaire *Wizzgo*, un service de « magnétoscope en ligne » offre à ses abonnés la possibilité d'enregistrer des programmes de télévision et d'accéder à leur demande aux enregistrements, après décryptage de ceux-ci. Puisque la copie est considérée comme réalisée par l'opérateur, elle pourra, une fois décodée, « être conservée de manière définitive par son utilisateur »¹¹⁹⁴. En cela, la reproduction n'est pas transitoire. Est-on en présence d'une reproduction accessoire ? Comme le relève la Cour d'appel de Paris, le client se voit délivrer une copie « restituant dans un langage clair et dans sa forme première un contenu pré-existant ». D'après cette formulation, on ne voit pas très bien par rapport à quoi, cette reproduction pourrait être regardée comme accessoire.

Enfin, la cour d'appel de Paris¹¹⁹⁵ a relevé que la copie était « dotée d'une valeur économique propre » compte tenu des recettes publicitaires directement liées au nombre des utilisateurs du service et au volume des copies réalisées pour le compte de ces utilisateurs, ce qui ne peut être discuté.

bb- *Copiepresse c. Google* : la question des « copies caches »

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles¹¹⁹⁶, commenté ci-dessous, confirme le jugement rendu par le tribunal de première instance le 13 février 2007¹¹⁹⁷, dans une affaire opposant *Google* à la société de gestion collective des éditeurs belges de la presse francophone et germanophone *Copiepresse*. Cette dernière invoquait deux atteintes distinctes au droit d'auteur de ses membres, du fait de la fonction « cache » de *Google web* d'une part, du service *Google News* d'autre part. La Cour de Bruxelles lui donne gain de cause sur les deux fondements au terme d'un raisonnement minutieux et argumenté qui, selon Mme Lucas-Schloetter, emporte la conviction¹¹⁹⁸ mais pas selon Alain Strowel¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁴ TGI Paris, 3^e ch., 25 nov. 2008, *Wizzgo*: RIDA 1/2009, p. 338, et p. 219, obs. SIRINELLI ; expertises 2009, p. 36 ; RLDI 2008/44, p. 1449 ; RTDcom. 2009, p. 312, obs. POLLAUD-DULIAN, confirmé par CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 14 déc. 2011 : LEPI mars 2012, p. 40, obs. BERNAULT.

¹¹⁹⁵ 14 déc. 2011, préc. note 894.

¹¹⁹⁶ CA Bruxelles 05.05.2011, *Google c. Copiepresse et al.*, RG n°2007/AR/1730, www.copiepresse.be/Copiepresse5mai2011.pdf

¹¹⁹⁷ TPI de Bruxelles 13.02.2007, *Copiepresse c. Google*, RG n°06/10.928/C, <http://www.copiepresse.be/13.02.07-jugement-en.pdf>.

¹¹⁹⁸ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Google face à la jurisprudence française et belge*, JIPiTEC, février 2011, p. 144-151.

¹¹⁹⁹ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit, Plaidoyer pour un internet transparent et de qualité*, Groupe De Boeck s.a., 2011, Bruxelles.

Dans le cadre des développements suivants, on ne s'intéressera qu'à la fonction « cache » de *Google web*. A ce sujet, la Cour considère que la pratique de *Google*, qui consiste à enregistrer sur ses propres serveurs, dans sa mémoire « cache », des arts de presse protégés par le droit d'auteur et de permettre aux internautes d'accéder à cette copie, et non à la page originale, c'est-à-dire sans être renvoyé sur le site d'origine, constitue un acte de reproduction et de communication au public.

En effet, pour permettre leur indexation, des milliards de pages *web* sont copiées par les robots de *Google* et ces copies sont stockées sur les serveurs de *Google*. Les internautes peuvent accéder à ces copies en cliquant sur le lien « copie cachée » intégré dans le résultat généré par le moteur de recherche suite à l'introduction d'une requête. Bien sûr, ces pages en « copie cache » peuvent ne plus correspondre à ce que l'éditeur rend accessible. Par ce biais, une page d'un journal accessible aujourd'hui peut, demain, ne plus être consultable gratuitement, mais seulement via les archives payantes d'un journal. Au même moment, la « copie cachée » peut encore être retrouvée et rendue disponible par l'entremise du moteur de recherche. C'est pourquoi, on peut bien comprendre que la Cour de Bruxelles considère que la fonction « cache » de *Google* ne relève pas de l'exception de copie provisoire.

De plus, ce procédé de « copie cache » court-circuite en partie le modèle commercial adopté par la presse, qui, dans un premier temps, rend le contenu gratuitement accessible sur *internet*, puis demande une rémunération pour accès aux archives en ligne. Cette « atteinte » au modèle d'affaires de la presse belge a conforté la Cour dans son interprétation stricte du droit d'auteur et dans l'application qu'elle fait du triple test. La Cour estime en effet, que la reproduction en « cache » porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et est de nature à causer un préjudice injustifié. Les internautes peuvent en effet avoir accès, grâce à la fonction « cache », à une page qui soit a été supprimée du site des éditeurs, soit n'est accessible que moyennant paiement.

Finalement ayant repoussé au fil de son argumentation, le principe même d'une exonération de responsabilité de *Google* sur le fondement de la directive *E-Commerce*, la Cour de Bruxelles entreprend malgré tout de démontrer que les conditions d'application ne sont en tout état de cause pas remplies en l'espèce. C'est pourquoi, elle fait observer que le stockage en « cache » effectué systématiquement par *Google* ne constitue pas réellement une activité liée à la transmission des contenus sur les réseaux, comparable au Proxy Caching, visé à l'art. 13 de la directive *E-Commerce*, mais s'apparente davantage à une copie d'archivage des sites consultés par le moteur de recherche. Or, ce type de copies, n'est selon elle, pas couvert par le régime d'exonération. Bien sûr, cette décision permet d'entrevoir, l'embarras de la jurisprudence européenne pour appréhender, du point de vue du droit d'auteur, les nouvelles fonctionnalités offertes par *Google*. La deuxième partie de la thèse reviendra plus amplement sur les difficultés qu'il y a à qualifier un acte d'utilisation d'une œuvre, en recourant à des critères actuellement prévus dans les directives et les lois nationales.

b- En Allemagne

Peut-on considérer que l'interprétation de la *CJUE* a influencé les juridictions allemandes de l'exception de reproduction provisoire ? Tout d'abord, la *CJUE* ne cesse de rappeler que les conditions énumérées en vue d'interpréter l'exception de reproduction provisoire doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, puisque l'art. 5, paragraphe 1, de cette directive

constitue une dérogation à la règle générale établie par celle-ci, qui exige que le titulaire du droit d'auteur autorise toute reproduction de son œuvre protégée¹²⁰⁰. En cela la démarche de la *CJUE* n'est guère différente que celle adoptée en France par la *CCA* ou en Allemagne, par la Cour fédérale.

Une autre similitude tient au fait qu'il est tenu compte par les juges allemands et par les juges européens de la finalité de la reproduction et non pas de l'activité dans le cadre duquel s'exercent les actes de reproduction. Ainsi, avant même que l'exception de reproduction provisoire ne fut introduite dans le cadre de la première corbeille de transposition, en 2003, la Cour fédérale de justice ne considérait pas que toute reproduction technique, réalisée dans le cadre de l'utilisation d'un programme d'ordinateur, relevait automatiquement du droit d'auteur¹²⁰¹.

La loi allemande ayant transposé fidèlement le texte de la directive *InfoSoc*, les différences d'interprétation avec l'art. 5.1 ne sont pas tranchées. Le critère qui a trouvé le plus de résonance en droit allemand, semble la précision selon laquelle la reproduction n'est provisoire que lorsqu'elle n'a pas de signification économique indépendante.

Ainsi, l'arrêt de la Cour fédérale de justice de l'année 2010¹²⁰² (*dénommé Vorschaubilder I*), concerne l'activité de référencement d'images du moteur de recherche, c'est-à-dire le service *Google images*, qui permet aux internautes, par la saisie de mots clés, d'afficher sous forme de vignettes des séries d'images en rapport avec leur recherche, visibles en format réduit, et dont chacune peut-être isolée pour en faciliter la lisibilité et l'agrandir¹²⁰³. Contrairement aux deux décisions françaises traitant également de l'activité de référencement d'images par *Google*, l'argumentation détaillée du *BGH* porte sur le fait de savoir, si l'atteinte alléguée relève du droit de reproduction ou du droit de mise à disposition¹²⁰⁴. Au fil de son argumentation, la Cour fédérale de justice en vient à refuser l'application de l'exception de reproduction provisoire.

L'argumentation du *BGH* est compatible avec l'argumentation développée par la *CJUE*, puisque le *BGH* dispose que l'affichage de vignettes images ne constitue pas une reproduction transitoire ou accessoire, ni même une reproduction n'ayant pas de signification économique indépendante. En effet, selon le *BGH*, l'affichage des vignettes images est permanent et permet à l'exploitant une large possibilité de recueillir des revenus, particulièrement par le biais de la publicité¹²⁰⁵. En cela, le *BGH* confirme le jugement de la juridiction inférieure¹²⁰⁶, que l'affichage de vignettes images a une signification économique indépendante d'où le rejet de la qualification de cet acte de reproduction provisoire au sens du paragraphe 44a UrhG¹²⁰⁷.

En Allemagne, un cas similaire à l'arrêt *Wizzgo* en France, a donné lieu aussi à un arrêt du *BGH* (*arrêt internet Videorecorder*) du 22 avril 2009. Cet arrêt traite principalement de

¹²⁰⁰ Arrêt *Infopaq International*, n° 56 et 57 ; *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 et C-429/08, Rec. p. I-9083, n° 162 ; Arrêt *Infopaq*, n° 27.

¹²⁰¹ Voir à ce propos par exemple les décisions suivantes : *BGH -GRUR 1991, 449, 453- Betriebssystem* ; *GRUR 1994, 363, 365- Holzhandelsprogramm*.

¹²⁰² *BGH* : *GRUR 2010, 628 - Vorschaubilder*.

¹²⁰³ Voir à ce propos de la décision *Google Images* en France : LUCAS-SCHLOETTER, *Google, face à la justice française et belge*, *JiPiTEC*, février 2011, p. 144-151.

¹²⁰⁴ On reviendra dans le cadre de la deuxième partie de thèse, sur cette approche fondamentalement différente à propos de cas similaires, en France et en Allemagne.

¹²⁰⁵ Voir l'arrêt du *BGH, Vorschaubilder*, I ZR 69/08, n° 10.

¹²⁰⁶ OLG Jena, jugement du 27.02.2008- 2U 319/07.

¹²⁰⁷ Arrêt du *BGH, Vorschaubilder*, I ZR 69/08, n° 24.

l'application de la copie privée, mais en raison de la convergence des techniques, les juges du tribunal fédéral ont passé en revue toutes les exceptions et qualifications juridiques envisageable pour ce type de service. En effet, pour offrir un tel service, l'opérateur capte les signaux de différentes chaînes de télévision et offre à ses utilisateurs la possibilité de faire des copies de programmes individuellement sélectionnés par celui-ci. Toutefois, la possibilité de faire des copies de programmes ne relève pas de l'exception de reproduction provisoire¹²⁰⁸.

Conclusion du chapitre I

Le chapitre I souligne la volonté de la *CJUE* de reconnaître, au niveau européen, une étendue large au droit de reproduction. En effet, il peut s'agir d'une reproduction par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit. Ce droit s'étend aux œuvres ainsi qu'aux parties d'une œuvre, à supposer que ces dernières se conforment à l'exigence d'originalité. Ainsi, la reprise d'un extrait qui comprend onze mots consécutifs est susceptible de constituer une reproduction partielle d'une œuvre.

Il est intéressant de noter que la notion de reproduction possède une ampleur différente en France et en Allemagne. La notion est plus large en France qu'en Allemagne. En effet, le droit de reproduction au sens large comporte en France le droit de destination, le droit de location et de prêt, le droit d'importation, le droit de traduction et le droit d'adaptation, parfois considérés comme des corollaires du droit de reproduction. En Allemagne au contraire, la reproduction ne s'entend qu'au sens strict, excluant de son champ d'application notamment le droit de distribution. Cette différence s'explique par la conception analytique de la structure des droits en Allemagne et leur conception synthétique en France.

Au sens strict, la notion de reproduction présente néanmoins des points communs en France et en Allemagne. Dans les deux pays, l'exemplaire d'une œuvre ne s'entend pas seulement au sens d'un exemplaire matériel, mais se comprend aussi dans le sens d'un exemplaire numérique. L'existence d'un exemplaire numérique a d'ailleurs été confirmé en France notamment par l'article 3 de l'ordonnance du 12 novembre 2014, modifiant les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition¹²⁰⁹. Une différence majeure entre la loi française et allemande doit cependant être soulignée. En effet, contrairement à la formulation de la directive *InfoSoc* et de la loi allemande, le droit français dispose expressément à l'art. L.122-3 *CPI* que la reproduction a pour but indirect de communiquer l'œuvre au public. Par conséquent, la fixation ne suffit pas.

L'exception de reproduction provisoire devant obligatoirement être transposée, la France et l'Allemagne connaissent une telle exception. Néanmoins, la jurisprudence de la *CJUE* n'apporte pas une grande sécurité juridique, puisque l'interprétation du caractère transitoire ou accessoire d'une telle reproduction s'avère complexe. De plus, l'art. L.122-5-6° *CPI* dispose en France que la seule reproduction provisoire exemptée est celle qui porte « sur des œuvres *autres* que les logiciels et les bases de données ». Sachant que les œuvres qui circulent sur les

¹²⁰⁸ Voir à ce propos, arrêt *internet-Videorecorder*, IZR 216/06, n° 6.

¹²⁰⁹ Ordonnance n°2014-1348 du 12 novembre 2014 modifiant les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition. Voir notamment, art. 3 modifiant l'art. L.132-2 du code de la propriété intellectuelle, qui insère après les mots : « des exemplaires de l'œuvre », les mots : « ou de la réaliser ou faire réaliser sous une forme numérique ».

réseaux sont toutes accompagnées d'un logiciel, il semble bien que l'exception des actes techniques de reproduction provisoire qui a vocation à s'appliquer dans un monde numérique *online* soit dans la majorité des cas vidée de son contenu ! Le deuxième chapitre a pour objectif d'analyser si les contours du droit de distribution et notamment de son épuisement sont mieux délimités par la *CJUE*.

Chapitre II- Droit de distribution

La directive 2001/29/CE prévoit le droit de reproduction, le droit de communication au public et, à l'art. 4, un troisième droit exclusif en faveur des auteurs et des titulaires de droits voisins, à savoir le droit de distribution. Le droit allemand et français ont cela de commun, qu'ils ne connaissent pas cette « structure tripartite » des droits, telle qu'elle apparaît au niveau de la directive. La structure des droits au niveau national constitue une *summa divisio* : il s'agit donc d'une structure bipartite. Où *situer* sur le plan national, le droit de distribution ?

En Allemagne, le droit de distribution constitue explicitement une exploitation sous forme *corporelle*. Par analogie, il n'est donc pas surprenant que le *pendant* du droit de distribution en France se situe dans l'orbite du droit de reproduction. La France utilise la terminologie de « droit de destination » traduisant une toute autre approche que le droit de distribution. Il s'agit ici d'une grande différence entre le droit d'auteur allemand et français, et on ne peut que constater ici l'échec d'une harmonisation des concepts, pourtant voulue au niveau européen. Ce qui étonne plus encore, est la mention du droit de distribution au niveau de la directive 2001/29/CE, traitant de l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans *la société de l'information*. Ne vient-on pas de souligner que le droit de distribution constitue un droit d'exploitation sous forme *corporelle*, c'est-à-dire directement lié à une œuvre corporelle, incorporée dans un support matériel ?

Nul doute que le droit de distribution ait été conçu pour un monde analogique (Section 1), alors qu'il s'agissait de distribuer des œuvres incorporées à un support, telles que du mobilier design ou une œuvre musicale incorporée à un *CD*. Le *CD* n'est-il qu'un support analogique ? On le comprend, la limite entre le monde analogique et le monde numérique n'est pas simple à tracer. L'arrêt *usedSoft*¹²¹⁰ rendu en 2012 a provoqué un véritable *tsunami* dans le monde du droit d'auteur, à partir du moment où il s'agissait de la première affaire ayant permis à la Cour de justice de l'Union européenne d'appliquer le droit de distribution dans le monde numérique. Qualifier le droit de distribution d'un droit sous forme « corporelle » induit en erreur. Le droit de distribution s'applique aussi dans un contexte numérique (Section 2).

Section 1- La notion de distribution dans un contexte analogique

Dans un premier temps, il s'agit d'envisager les deux conceptions du « droit de distribution », voir ces deux « écoles » diamétralement différentes en France et en Allemagne, puis de comparer leurs évolutions face au développement du droit européen et surtout de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

§ 1- Notion sur le plan national : deux « écoles » différentes

¹²¹⁰ La société utilisant un « u » minuscule via sa marque et l'ensemble de ses usages. Nous suivons cette orthographe.

Présentons d’abord le « droit de destination » en France (A) qui met l’accent sur le contrôle de l’œuvre par l’auteur, avant d’analyser le « droit de distribution » en Allemagne (B) soucieux de tenir compte des impératifs du droit de la concurrence et de garantir une « balance » des différents intérêts en présence.

A- En France : le droit de destination

Envisageons tout d’abord l’origine de ce droit de destination constituant véritablement une particularité française tout en présentant cette notion telle qu’elle est comprise en droit positif (1) avant d’évoquer une réception controversée de cette dernière au sein même de l’hexagone (2).

1- Origine et exposé de la théorie

Introduction

Le droit de destination¹²¹¹ est une « faculté exclusive que possède l’auteur de réserver à un usage bien déterminé les reproductions de son œuvre qui ont été mises dans le commerce »¹²¹². Une fois fabriqués et vendus, les exemplaires de l’œuvre peuvent faire l’objet de divers types d’exploitation secondaire (*importations parallèles, location, prêt, échanges*)¹²¹³. Le droit de destination, prérogative située « dans l’orbite du droit de reproduction »¹²¹⁴ en France a pour but d’associer l’auteur au succès réel de son œuvre, en lui donnant le contrôle de ces utilisations secondaires¹²¹⁵. C’est M. Gotzen, qui en 1975, dans le cadre de sa première monographie a suggéré l’expression « *droit de destination* » ou « *Bestimmungsrecht* » pour rendre compte de la conception synthétique et extensive du droit de reproduction en Belgique¹²¹⁶ et en France. Dès le XIX^{ème} siècle pourtant, il est apparu que le droit des contrats ne permettait pas au titulaire des droits de contrôler la circulation de l’exemplaire, lequel pouvait être utilisé par un tiers au contrat de vente initial¹²¹⁷. Cependant, la présentation systématique de la théorie du droit de destination est récente¹²¹⁸. Comme le rappelle Pouillet, une partie de la doctrine avait bien « perçu que le monopole de l’auteur pouvait déployer ses

¹²¹¹ Voir sur le sujet, la thèse de F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination* : LGDJ 1989. – Voir aussi, Ch. CARON, *Le droit de distribution en droit d’auteur*, Etude pour le ministère de la Culture, juill. 1993 et ALAI, journées d’étude de 1988, *Problèmes posés par la distribution d’exemplaires d’œuvres protégées par le droit d’auteur* : Paris 1989. – Egalement S. DUSOLLIER, *Le droit de destination, une espèce vouée à la disparition*, *Propri. Intell.* 2006, n°20, p. 281.

¹²¹² Selon la définition de F. GOTZEN, *Le droit de destination et son fondement juridique* : ALAI 1988, p. 61.

¹²¹³ A. LEBOIS, *Jurisclasseur*, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1246, droits des auteurs, droits patrimoniaux, n° 61 [mis à jour le 16 février 2015].

¹²¹⁴ Expression utilisée par H. DESBOIS.

¹²¹⁵ A. LEBOIS, *Jurisclasseur*, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1246, droits des auteurs, droits patrimoniaux, n° 61, mis à jour le 16 février 2015.

¹²¹⁶ Aujourd’hui, la Belgique ne connaît plus ce droit de destination.

¹²¹⁷ Voir sur le sujet par exemple, CA Paris, 2 mars 1979 : JCP 1980, II, 19351, note R. PLAISANT (qui refuse de limiter le pouvoir du propriétaire d’un exemplaire en lui imposant les stipulations d’une étiquette apposée qui en limite l’usage).

¹²¹⁸ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 259, n° 264.

effets postérieurement à la confection des exemplaires, mais n'en avait pas tiré toutes les conséquences sur le plan conceptuel »¹²¹⁹.

Jurisprudence

Ce n'est que lorsque la jurisprudence se saisit du problème de l'utilisation radiophonique des disques du commerce que le débat fut lancé¹²²⁰. Ainsi, la jurisprudence a estimé qu'un disque ne pouvait être radiodiffusé sans avoir préalablement obtenu l'autorisation du titulaire des droits.

Dans différents arrêts¹²²¹ traitant de cette même question juridique, les titulaires de droits n'invoquaient non pas une atteinte à leurs droits *d'exécution publique* mais bien une violation de leur *droit de reproduction*. En effet, les auteurs compositeurs prétendaient qu'ils n'avaient autorisé la reproduction de leurs œuvres que sous la forme de disques du commerce pour le seul usage *privé* et que l'utilisation *radiophonique* des disques était donc contraire au droit de reproduction délimité. Ces arrêts ne se prononcent donc principalement que sur l'étendue du droit de reproduction, opposable *erga omnes*, ainsi que sur la faculté de ce droit à régir les modalités d'utilisation des exemplaires licitement fabriqués.

A titre d'exemple, on peut citer la formulation caractéristique employée par une Cour en Belgique traitant de la même question juridique¹²²². Cette Cour considère que « maître du droit de reproduction, l'auteur, ou le cessionnaire de ces prérogatives peut n'autoriser la reproduction que dans une mesure qu'il fixe, ou la subordonne à [des] conditions qu'il détermine » permettant à l'auteur ou au cessionnaire de « contrôler si celui à qui a été cédé l'objet matériel [...] ne l'affecte pas à des usages interdits »¹²²³. L'usage radiophonique de disques du commerce destinés à un usage privé entraîne en conséquence le paiement d'une rémunération pour *reproduction mécanique*, et non seulement pour exécution publique. C'est donc de manière indirecte, que la Cour évoque ici le concept de destination, sans explicitement nommer ce droit.

En France, c'est surtout à l'occasion de l'important conflit entre la *SACEM* et les discothèques, à la fin des années 1980, que la Cour de cassation a eu l'occasion de consacrer le concept du droit de destination en décidant que la diffusion d'une œuvre dans une discothèque nécessitait « une autorisation complémentaire assortie d'une redevance relevant du droit de *reproduction mécanique* »¹²²⁴, dès lors que les phonogrammes utilisés étaient exclusivement destinés à l'usage privé de leurs acquéreurs »¹²²⁵.

¹²¹⁹ Voir notamment E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Imprimerie et librairie générale de la jurisprudence, 3^e éd., 1908.

¹²²⁰ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 259, n° 264 et voir l'arrêt CA Paris, 27 avr. 1945 : *JCP G* 1946, II, 3074, note R. PLAISANT.

¹²²¹ V. par exemple, CA Paris, 27 avr. 1945 : *JCP G* 1946, II, 3074, note R. PLAISANT ; Arrêt de la Cour de Bruxelles, Cass. (1^{re} ch.), 19 janvier 1956, R.C.J.B., 1956, p.172, note J.-G. RENAULD, *Les destinés récentes du droit de reproduction mécanique et le droit d'auteur*.

¹²²² Exemple proposé par S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, De Boeck&Larcier s.a., Bruxelles, 2007, p. 337 et s.

¹²²³ S. DUSOLLIER, *ibid.*

¹²²⁴ Un tel droit avait d'ailleurs déjà été reconnu dans l'arrêt *CJUE Basset c/ Sabam* du 9 avril 1987, C-402/85, Rec. p. 1747.

¹²²⁵ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988 : *JCP G* 1988, II, 21120, note A. FRANÇON – V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1988 : D. 1989, somm. p. 47, obs. C. COLOMBET ; RTD com. 1988, p. 444, obs. A. FRANÇON – Cass. crim., 20 juin 1990 : RIDA 1990, n°146, p. 274.– Sur ces arrêts, V. Th. DESURMONT, *Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite* : RIDA 1988, n°134, p. 2.

Doctrine

De cette jurisprudence, la doctrine a déduit que le droit de reproduction permettait à son titulaire de déterminer les conditions d'utilisation des exemplaires de son œuvre. Pour M. Gotzen, la doctrine du droit de destination signifie que « *les auteurs ont le pouvoir d'interdire à leurs cocontractants comme à tout acquéreur ultérieur une ou plusieurs formes d'utilisation déterminées des exemplaires de l'œuvre* »¹²²⁶. Il s'agit pour l'auteur de contrôler non seulement les modalités de la commercialisation des exemplaires, mais aussi en aval, certains usages faits par les acquéreurs ou les détenteurs¹²²⁷. L'auteur peut donc interdire certains usages du support, par exemple l'utilisation publique d'un CD par diffusion dans une discothèque. On verra qu'une telle prétention est inconcevable en Allemagne où l'auteur se voit seulement reconnaître un droit de mise en circulation ou de distribution sujet à épuisement. Une des différences fondamentales entre le droit d'auteur allemand et le droit français est précisément cette approche extensive du droit de reproduction en France.

C'est ce qui explique pourquoi la jurisprudence française prend soin d'attacher son raisonnement au droit de reproduction, évitant ainsi de reconnaître un « droit nouveau qui ne serait consacré par aucune disposition légale »¹²²⁸. En effet, selon la doctrine¹²²⁹, l'auteur ne fait rien d'autre que d'exercer son droit de reproduction de manière conditionnée. Ainsi, l'usage de ces exemplaires, au-delà de la *destination* spécifiée par l'auteur, viole l'autorisation de reproduction accordée par l'auteur. F. Gotzen¹²³⁰ explique le principe du droit de destination en recourant à l'adage « qui peut le plus, peut le moins » : si l'auteur est en mesure de refuser toute reproduction, une autorisation partielle conserve l'opposabilité *erga omnes* dont les droits exclusifs sont revêtus et s'impose à tous, notamment aux acquéreurs des exemplaires.

Bases légales

Selon les tenants de la théorie du droit de destination, le code de propriété intellectuelle français contiendrait trois dispositions consacrant expressément la doctrine du droit de destination. La première disposition est l'art. L.131-3 alinéa 1 *CPI* qui « subordonne la transmission des droits d'auteur à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés fasse l'objet dans l'acte de cession d'une mention distincte quant à sa destination »¹²³¹. La deuxième disposition est l'art. L.332-1 alinéa 2, 2° *CPI* qui autorise la saisie des « exemplaires illicitement utilisés »¹²³², c'est-à-dire outrepassant implicitement leur destination. La troisième disposition est celle de l'art. L.335-3 *CPI*, qui réprime toute « diffusion » d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur.

¹²²⁶ F. GOTZEN, *Le droit de destination et son fondement juridique* : ALAI 1988, p. 61.

¹²²⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, Paris, 1989, p. 19.

¹²²⁸ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, De Boeck&Larcier s.a., Bruxelles, 2007, p. 340. C'est également le raisonnement adopté par un arrêt de la Cour de cassation de Belgique su 19 janvier 1956.

¹²²⁹ Voir par exemple, F. GOTZEN, *Le droit de destination et son fondement juridique* : ALAI 1988, p. 61.

¹²³⁰ Voir aussi, F. GOTZEN, *ibid.*

¹²³¹ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 260, n° 267.

¹²³² Par conséquent, l'usage fait en violation d'une limitation imposée par l'auteur constitue en tant que tel une violation du droit de reproduction. Voir en ce sens aussi S. STRÖMHOLM, *Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur*, Etude de droit comparé : Dr. auteur 1967, p. 300, n° 26. – H. DESBOIS, n° 720.

2- Réception controversée de cette théorie en France

Certains auteurs français ont une approche critique de la théorie du droit de destination. D'un côté, ils soulignent la fragilité des bases légales et de l'autre une jurisprudence ambiguë ne permettant pas véritablement de cerner la notion de destination.

a- Fragilité des bases légales ?

Certains auteurs considèrent que les bases légales évoquées ci-dessus restent fragiles¹²³³ à partir du moment où les sanctions pénales prévues aux art. L.332-1 *CPI* alinéa 2 et L.335-3 *CPI* se prêtent à d'autres interprétations que celles suggérées.

De plus, l'interprétation de l'art. L.131-3 alinéa 3 *CPI* est controversée. Cet article prévoit que « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Selon les tenants de la théorie du droit de destination, ce texte permet à l'auteur de contrôler l'utilisation des exemplaires de son œuvre¹²³⁴. Il n'est pourtant pas certain que le mot « destination » ait été utilisé dans cet esprit¹²³⁵. En fait, il semble que la notion de « destination » ne soit pas employée dans un même sens par le *CPI* mais constitue bien plus une notion à géométrie variable, qui renvoie à des acceptions différentes. Comme le rappelle Mme Lebois, l'art. L.112-1¹²³⁶ du *CPI* emploie également cette terminologie mais affirme justement que la protection des droits d'auteur sur une œuvre est acquise indépendamment de la destination de l'œuvre.

Ainsi, il semble que l'art. L.131-3 alinéa 1^{er} du *CPI* a seulement pour objet d'obliger l'auteur à délimiter la portée de la cession à laquelle il consent. L'auteur peut ainsi circonscrire la cession de son droit de reproduction à la production d'exemplaires particuliers comme par exemple les éditions de luxe. Si l'éditeur produit l'œuvre sous forme de livres de poche, il outrepassé alors ses droits : les exemplaires reproduits au-delà de l'autorisation donnée sont contrefaisants¹²³⁷. Ainsi, l'art. L.131-3 alinéa 1^{er} n'a pas pour objet de définir le droit d'exploitation¹²³⁸. En effet, obliger l'auteur à délimiter la portée de la cession à laquelle il consent, c'est-à-dire interpréter strictement ladite cession, ce n'est pas prendre parti sur l'opposabilité aux tiers des limitations éventuelles !¹²³⁹ Tout au moins, peut-on dire que la

¹²³³ Voir par exemple, TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 268 n° 275.

¹²³⁴ Voir en ce sens, H. DESBOIS, note 9, n°288.- A. FRANÇON, *Conditions contractuelles concernant les différents aspects de la diffusion des exemplaires* : NIR 1982, n°péc., p. 384.- F. POLLAUD-DULIAN, op.cit., n°173.

¹²³⁵ A. LEBOIS, *Jurisqueur, Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1246, *Droits des auteurs, droits patrimoniaux*, n° 61, mis à jour le 16 février 2015.

¹²³⁶ Art. L. 112-1 *CPI* « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

¹²³⁷ A. LEBOIS, *Jurisqueur, Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1246, *Droits des auteurs, droits patrimoniaux*, n° 76, mis à jour le 16 février 2015.

¹²³⁸ Voir en ce sens également, thèse de P. KAMINA, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Poitiers, 1996, n° 205 – S. DUSOLLIER, *le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition* in : Prop. Intell. 2006, n°20, p. 283.

¹²³⁹ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 260, n° 267.

rédaction de l'art. L.131-3 alinéa 1^{er} est ambiguë et qu'il serait donc nécessaire de dissiper l'équivoque.

Même à considérer que la théorie du droit de destination n'est pas totalement dépourvue de fondement légal, on peut admettre que le doute persiste en l'absence de consécration *explicite* de ce droit par le législateur français. En 1985, le législateur aurait pu affirmer clairement l'existence du droit de destination. Non seulement, il ne l'a pas fait, mais la loi du 3 juillet 1985 a exclu toute idée de droit de destination en ce qui concerne les logiciels¹²⁴⁰. Ainsi, en incluant le droit de destination dans le sillon du droit de reproduction et en le faisant participer de la même nature, « on lui donne une portée qui risque d'aller au-delà du but recherché »¹²⁴¹. Théoriquement, une telle construction permet à l'auteur d'interdire par principe n'importe quel usage d'une œuvre qu'il n'aurait pas expressément autorisé. On peut souligner que cette solution est extrêmement protectrice des intérêts de l'auteur et en cela, on verra qu'elle peut être critiquée à partir du moment où elle ne permet pas véritablement de tenir compte d'autres intérêts, comme les intérêts des utilisateurs, par exemple.

b- Une jurisprudence ambiguë

La jurisprudence est également critiquable. En effet, l'examen même des précédents jurisprudentiels ne permet pas de dissiper les doutes concernant l'existence d'un droit de destination¹²⁴². En effet, un certain nombre de décisions ne se réfèrent même pas expressément au droit de destination ! A titre d'illustration, on peut évoquer par exemple un peintre qui, ayant autorisé la reproduction d'une de ses œuvres pour une affiche diffusée dans le public est néanmoins fondé à interdire l'utilisation de cette affiche par un acquéreur comme décor d'un film publicitaire¹²⁴³. Il en va de même pour les reproductions d'œuvres picturales sous forme de posters qui, mis sous verre et encadrés, portent atteinte au droit patrimonial de l'auteur¹²⁴⁴. Dans aucun de ces exemples, les décisions n'ont évoqué l'expression « droit de destination »¹²⁴⁵.

Il existe pourtant une jurisprudence établie qui mentionne expressément la notion de « droit de destination », même si le fondement légal cité permettant de justifier le recours à cette notion est controversé. Cette jurisprudence française trouve son origine dans une série

¹²⁴⁰ A. LEBOIS, *Jurisclasseur*, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1246, droits des auteurs, droits patrimoniaux, n° 76, mis à jour le 16 février 2015.

¹²⁴¹ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, De Boeck&Larcier s.a., Bruxelles, 2007.

¹²⁴² A. LEBOIS, *Jurisclasseur*, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1246, droits des auteurs, droits patrimoniaux, n° 76 [mis à jour le 16 février 2015].

¹²⁴³ Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1985 : RIDA 3/1986, p. 124. L'arrêt toutefois, relève expressément l'existence d'une « nouvelle reproduction (...) distincte de la reproduction déjà réalisée par l'affiche elle-même », ce qui, comme il est souligné dans TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, fait douter que le droit de destination soit ici réellement en cause. On peut oser ici un rapprochement avec l'arrêt *Art&Allposters* du 22 janvier 2015 (affaire C-419/13) dans lequel la CJUE fonde son argumentation sur le droit de reproduction et non sur le droit de distribution.

¹²⁴⁴ TGI Paris, 3^e ch., 11 sept. 1996, *Brasiliere et ADAGP c/ Galerie de Villiers*, inédit mais intéressant en raison de faits similaires dans le cadre de l'arrêt *Art&Allposters* et cité par TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 261, n° 268.

¹²⁴⁵ La cour d'appel d'Anvers a quant à elle invoqué cette théorie pour donner raison à l'auteur d'une sculpture qui avait été exposée sur une place publique de Bruges dans le cadre d'un projet d'art conceptuel.

d'arrêts rendus par la Cour de Cassation en 1988¹²⁴⁶, concernant l'utilisation de phonogrammes du commerce par les stations de radio et les discothèques. Le problème généralement lié à ces arrêts est de savoir, si les utilisations relèvent du monopole de reproduction. On a déjà mentionné que l'auteur est fondé à stipuler en vertu de l'art. L.131-3 du *CPI* que les disques dont il autorise la fabrication sont réservés à la vente pour l'usage *privé* des acquéreurs. Il s'ensuit que si un acquéreur utilise publiquement ces disques (et non pour son usage privé), il viole, selon la jurisprudence française, la *destination* de la reproduction¹²⁴⁷. Il en va ainsi de l'utilisation des phonogrammes par une radio¹²⁴⁸ ou une discothèque qui diffusent publiquement le disque. En pareil cas, il faut en fait obtenir de l'auteur deux autorisations distinctes : L'une au titre du droit de représentation (représentation publique de l'œuvre), l'autre au titre du droit de reproduction, pour l'utilisation des phonogrammes (*droit complémentaire de reproduction mécanique*).

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris se prononça par exemple dans une affaire concernant l'utilisation radiophonique de disques, en analysant la redevance perçue à ce titre comme un *complément* du droit de reproduction¹²⁴⁹. De même, la Cour de Cassation a repris cette même solution à l'occasion de nombreux litiges engageant la *SACEM* contre des exploitants de discothèques. D'ailleurs, dans l'un des litiges, la Cour affirme très clairement que l'autorisation donnée par la *SACEM* aux exploitants de discothèques, « d'étendre à une *destination* nouvelle le domaine d'exploitation du droit de reproduction cédé au nom des auteurs », « légitimait en contrepartie la stipulation d'une redevance complémentaire au titre du droit de reproduction mécanique »¹²⁵⁰.

Tous ces arrêts emploient bien la terminologie *destination* d'une œuvre, même si le lien de causalité entre une restriction contractuelle telle que rendue possible à l'art. L.131-3 *CPI* et les contours d'un monopole d'exploitation reste sujet à controverses.

D'autres arrêts suscitent aussi la controverse en ce qu'ils évoquent indirectement le droit de destination, en faisant référence au droit de location. Cette observation surprendrait plus d'un juriste allemand. En effet, contrairement à l'Allemagne, la France n'a pas explicitement transposé le droit de location et de prêt qui résulte formellement de la directive du 19 novembre 1992, remplacée par la directive n°2006/115 du 12 décembre 2006. C'est en vertu de la conception synthétique du droit de reproduction et du droit de destination que l'auteur est fondé à autoriser ou interdire la location et le prêt des exemplaires de son œuvre. Ainsi, bien que non défini par les textes en France, le droit de location voit son régime précisé par le juge, ce qui n'est pas encore le cas pour le droit de prêt¹²⁵¹.

¹²⁴⁶ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} mars 1988, Agueda le Fox Trot : JCP G 1988, II, 21120, note A. FRANÇON.- Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1988, Fanic : Bull. civ. 1988, 1 n°88 ; RIDA 2/1988, p. 295 ; D. 1989, somm. p. 47, obs. C. COLOMBET.- Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1988, Le Sphinx : Bull. civ. 1988, I, n°89.- Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 1988, Sassi : Bull. civ. 1988, I, n°112. – Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1988, Déric : RIDA 2/1989, p. 228.- V. T. DESURMONT, préc.- A. FRANÇON : RTD com. 1988, p. 444 ; JCP G 1988, II, 21120.-F. POLLAUD-DULIAN, *Le conflit opposant la Sacem à des discothèques et le droit d'auteur* : Cah. dr. auteur avr. 1989, p. 1.- A. KEREVER, *Les droits des auteurs* : RIDA 2/1989, p. 75.

¹²⁴⁷ On peut critiquer ce lien de causalité!

¹²⁴⁸ CA Paris, 27 avr. 1945 : p. 1945, 2, p. 63 ; D. 1945, p. 125 ; JCP G 1946, II, 3074, note R. PLAISANT.

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 1988, JCP 1988. 21120 note FRANÇON. Voir A. LEBOIS, *Jurisclasseur*, Fasc. 1246, juin 2010, *Propriété littéraire et artistique, droits patrimoniaux, Droit de reproduction*, p. 10.

¹²⁵¹ Un point de vue semblable défend A. LEBOIS, *Jurisclasseur*, Fasc. 1246, *Propriété littéraire et artistique, droits patrimoniaux*.

C'est dans ce cadre qu'il convient de mentionner un important arrêt de la Cour de cassation, en date du 27 avril 2004, à propos de la location de jeux vidéos¹²⁵². Dans cet arrêt, les juges ont en effet, pour la première fois, appliqué la théorie du droit de destination à des locations non autorisées d'exemplaires en affirmant que « le droit de location, qui procède de la faculté reconnue à l'auteur et à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises, constitue une prérogative du droit d'exploitation ». Sans doute l'arrêt se garde-t-il d'utiliser l'expression « droit de destination ». Il n'en reste pas moins que « la faculté de n'autoriser la reproduction qu'à des fins précises » évoque irrésistiblement cette prérogative¹²⁵³. Et cette décision a d'autant plus de poids que le recours à la théorie du droit de destination n'était pas utile. Une fois retenue la qualification de logiciel pour les jeux vidéo, l'art. L.122-6, 3° était applicable et celui-ci reconnaît expressément un droit de location aux auteurs de programmes d'ordinateurs¹²⁵⁴.

Le bilan jurisprudentiel de la doctrine du droit de destination reste donc finalement assez maigre. En effet, une analyse attentive des autres décisions de jurisprudence sur lesquelles s'appuie la doctrine favorable au droit de destination révèle que les juges se prononcent en réalité soit sur une question d'opposabilité contractuelle¹²⁵⁵, soit sur la violation du droit de reproduction¹²⁵⁶. La jurisprudence la plus abondante et la plus claire concerne l'utilisation des phonogrammes du commerce, mais elle n'aborde la question que sous l'angle, bien particulier, du droit complémentaire de reproduction mécanique.

B- En Allemagne : le droit de distribution

En Allemagne, les mêmes questions sont abordées non pas sous l'angle du droit de reproduction, mais sous l'angle d'un droit de distribution, indépendant du droit de reproduction. Cette conception n'est possible qu'en raison de l'approche analytique des droits outre-Rhin. En effet, le droit d'auteur allemand considère que le seul droit de reproduction ne permet pas que les œuvres atteignent le public, c'est-à-dire les lecteurs, auditeurs, amateurs d'art etc. C'est pourquoi les exemplaires d'une œuvre doivent être distribués à un public. La question de savoir, si et dans quelles conditions un tel acte a lieu, est réservée à l'auteur par le biais d'un droit de distribution, sujet à épuisement. Depuis Kohler¹²⁵⁷, qui en fut l'initiateur

¹²⁵² Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 2004, n°99-18.464, *Société Nouvelle DPM et société La Plume et l'encrier c/ Nintendo* : Juris Data n°2004-023436 ; Bull. civ. 2004, I, n°117 ; PI, 2004, n°12, p. 770, note P. SIRINELLI ; Comm. com.électr. 2004, comm.84, note Ch. CARON ; Propr. ind. 2004, comm. 74, note P. KAMINA ; RTD com. Juillet/septembre 2004, p. 484, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; D.2004, p. 1528, obs. J. DALEAU ; Légipresse 2005, n°220, III, p. 62, note F. SARDAIN.

¹²⁵³ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER.

¹²⁵⁴ En vertu de la transposition de la directive sur les programmes d'ordinateur.

¹²⁵⁵ V. par exemple, CA Paris, 6 oct. 1995 : RIDA 2/1996, p.308, confirmé par Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1998 : JCP G 1998, IV, p. 2437.

¹²⁵⁶ CA Paris, 18 mars 1987, Landi, préc.- Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1985, préc.- Cour suprême du Canada, 28 mars 2002, préc. (entoilage). – Sur cette analyse, voir S. DUSOLLIER, *op.cit.*, p. 285 s. et la jurisprudence citée.

¹²⁵⁷ J. KOHLER, *Das Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907.

jusqu'à Reimer¹²⁵⁸, en passant par les réflexions de M. Ulmer¹²⁵⁹, la doctrine allemande est riche et complexe, tout en étant alimentée par une jurisprudence abondante. De manière très simplifiée, le principe de l'épuisement du droit y est conçu de la façon suivante : lorsque l'auteur ou l'ayant droit a autorisé l'aliénation des exemplaires, il ne peut plus intervenir dans la circulation ou l'exploitation ultérieures de ces exemplaires. Ainsi, la mise en circulation des exemplaires par voie d'aliénation et le consentement du titulaire du droit de distribution épuisent ce droit.

Afin de mieux comprendre la théorie et la pratique de l'épuisement du droit de distribution en Allemagne, on rappellera brièvement les origines de cette théorie, puis on étudiera de manière plus approfondie le droit positif en prenant soin de prendre en compte la jurisprudence contemporaine.

Remarques introductives : origine de la théorie du droit de distribution

L'idée d'un droit de distribution spécifique – préalable nécessaire à toute théorie de l'épuisement – ne s'est développée en Allemagne qu'à la fin du XIX^e siècle. La loi de 1901 sur le droit d'auteur (LUG¹²⁶⁰) mentionne dans son art. 11 que « l'auteur a le droit exclusif de reproduire l'œuvre et la distribuer commercialement ; le droit exclusif ne s'étend pas au prêt »¹²⁶¹. Ce qui est intéressant dans ce texte, c'est la scission nette qui est opérée par le législateur entre ces deux prérogatives : d'un côté le droit de reproduction, de l'autre le droit de distribution, conçus comme indépendants l'un de l'autre. Comme le formule M. Pollaud-Dulian, cette distinction représente *un point de divergence fondamentale* entre le droit allemand et le droit français¹²⁶². Aujourd'hui encore, le droit de distribution, défini à l'art. 17 al.1 UrhG comme permettant d'offrir au public ou de mettre en circulation l'original ou les exemplaires d'une œuvre¹²⁶³, est un droit autonome¹²⁶⁴, distinct du droit de reproduction prévu à l'art. 16 de la loi sur le droit d'auteur.

Il peut donc y avoir concession de chacun des deux droits indépendamment l'un de l'autre. Par exemple, celui qui est autorisé à faire des copies n'est pas automatiquement autorisé à distribuer ces copies, à moins que cela n'ait été explicitement prévu dans un contrat ou que cela se déduise du but de la reproduction autorisée, comme c'est par exemple le cas dans le cadre de la conclusion d'un contrat d'édition¹²⁶⁵. Pourtant, à partir du moment où des copies d'œuvres ont été réalisées à des fins privées (par exemple dans le cadre de l'exception de copie privée), cela ne signifie pas que les exemplaires de l'œuvre ainsi réalisés puissent être distribués. Il peut donc y avoir atteinte au droit de distribution sans que le droit de reproduction ait été atteint et vice-versa. Le cumul des infractions aux deux prérogatives n'est possible que lorsqu'on met en circulation des exemplaires fabriqués illicitement. Le droit de reproduction et le droit de distribution se développent donc indépendamment, malgré l'existence de ce trait d'union que constituent les supports de reproduction.

¹²⁵⁸ D. REIMER : GRUR 1962, 129.

¹²⁵⁹ E. ULMER, *Urheber-und Verlagsrecht*, 3. Aufl. 1980.

¹²⁶⁰ LUG : « Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Ton-Kunst ».

¹²⁶¹ art. 11 LUG : « Der Urheber hat die ausschließliche Befugnis, das Werk zu vervielfältigen und gewerbsmäßig zu verbreiten ; die ausschließliche Befugnis erstreckt sich nicht auf das Verleihen [...] ».

¹²⁶² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, 1989, p. 347 s. (349).

¹²⁶³ § 17 I UrhG : « Das Vervielfältigungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen ».

¹²⁶⁴ Th. DREIER parle de « selbständiges Verwertungsrecht ».

¹²⁶⁵ Th. DREIER in : Dreier/Schulze, 4 A.

Mais la distribution ne s'arrête pas à la première mise en circulation des exemplaires, traditionnellement matériels. En tant qu'objet matériel, l'exemplaire a vocation à circuler et à passer de mains en mains. Les juristes allemands ont étudié le problème de l'étendue du droit de distribution : se référant au principe de la libre circulation des biens ou de la liberté du commerce, (au lieu de suivre la logique interne de la prérogative qu'ils reconnaissaient à l'auteur en tant que tel) ils ont peu à peu dégagé le principe de l'épuisement du droit de distribution.

Kohler considérait que l'épuisement participait à l'essence même du droit de distribution. Selon lui, « ce qui, dans la souveraineté personnelle de l'auteur, touche à la publication, est épuisé dès le moment où la publication s'est accomplie (...) »¹²⁶⁶. Selon M. Pollaud-Dulian, trois aspects caractérisent la théorie de Kohler : premièrement, il liait son idée d'épuisement au précédent du droit des brevets, deuxièmement au transfert de propriété des supports, et enfin au principe de territorialité en droit d'auteur, en ce que la distribution des exemplaires peut être limitée géographiquement par l'auteur. Le concept de distribution n'étant pas véritablement défini par les lois de 1901 et de 1903, la doctrine s'attacha à le délimiter. Ainsi, deux théories s'affrontent : l'une prônant une interprétation extensive, l'autre en faveur d'une interprétation restrictive. La première théorie se prononce pour un droit de distribution extensif et exclut l'épuisement. En cela, elle se rapproche de la théorie française du droit de destination. La théorie restrictive du droit de distribution, inspirée notamment de Kohler¹²⁶⁷, met en avant la liberté des échanges et considère comme étant injustifiable toute entrave à la libre-circulation des biens matériels que constituent les supports.

La Cour fédérale allemande (*BGH*) opta pour cette dernière interprétation, inaugurant avec l'arrêt du *Königskursbuch*, une jurisprudence constante jusqu'à nos jours. L'unité se fit pour reconnaître le principe de l'épuisement du droit de distribution. En revanche, des conceptions diverses se firent jour sur le fondement, l'étendue et le moment de l'épuisement. La doctrine dominante proposa comme moment de l'épuisement, la première aliénation. L'idée centrale consiste à considérer que l'auteur, avec la première aliénation de son œuvre incorporée à un support, a obtenu une récompense suffisante. Il s'agit donc de refuser à l'auteur un double paiement. Le droit s'arrête alors à la première vente de l'œuvre et son prix tient nécessairement compte des possibilités d'utilisation ultérieure et assure donc la rémunération équitable de l'auteur. Cependant, la doctrine récente va montrer que l'épuisement se justifie surtout par des considérations extérieures au droit d'auteur lui-même, ou plus exactement par la recherche d'un équilibre entre les intérêts des auteurs et les intérêts socio-économiques des tiers.

Comme le souligne Mme Castell¹²⁶⁸, l'épuisement du droit trouve son fondement dans un essai de « pondération des intérêts en présence ». Ainsi, la liberté des échanges, la libre-circulation des biens, le besoin de sécurité juridique dans les transactions, justifient que l'auteur ne possède pas un droit de contrôle sur les utilisations secondaires des exemplaires de son œuvre. Le principe de l'épuisement se justifie, selon M. Hubmann¹²⁶⁹, d'une part, par la considération que les échanges ne doivent pas être indûment entravés et, d'autre part, par l'idée que l'auteur n'a pas droit à une rémunération multiple pour avoir apporté l'œuvre au

¹²⁶⁶ J. KOHLER, *Das Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907, p. 23.

¹²⁶⁷ J. KOHLER, *ibid.*

¹²⁶⁸ B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire* : PUF 1990.

¹²⁶⁹ H. HUBMANN, *Urheber- und Verlagsrecht*, 5e éd., C. H. Beck : München, 1984, p. 146.

public, et cela est vrai aussi lorsqu'ont lieu plusieurs actes de distribution, de l'éditeur au détaillant à travers le grossiste, et du détaillant au consommateur.

Ainsi, d'un point de vue téléologique, le droit d'auteur allemand prend en considération non seulement, les intérêts légitimes des auteurs et notamment leur intérêt à participer aux fruits de leurs œuvres, mais aussi l'idée selon laquelle les obligations sociales seraient liées à la propriété intellectuelle. S'agissant du premier but, la doctrine allemande reconnaît le droit pour l'auteur de recevoir une part équitable des utilités économiques de son œuvre. À côté de cet objectif, il ne faut pas perdre de vue que le législateur allemand a aussi souhaité mettre en avant l'intérêt public, en favorisant la libre circulation des biens que constituent les supports d'œuvre. C'est bien ce dont témoigne la reconnaissance de la notion d'épuisement du droit de destination par l'art. 17 al. 2 de la loi du 9 septembre 1965 sur le droit d'auteur.

L'analyse du droit de distribution en droit positif est à poursuivre en mettant l'accent sur son étendue limitée d'une part, par des aménagements contractuels (2.a) et d'autre part, par son épuisement (2.b). Auparavant, on va cependant tenter de cerner la notion de distribution englobant explicitement le droit de location et de prêt (1).

1- Notion de distribution

À partir du moment où la lecture de l'art. 17 UrhG est complétée par l'art. 96 UrhG concernant la distribution d'exemplaires réalisés de manière illégale, on comprend que la reconnaissance d'un droit de distribution a notamment pour but de contrôler la distribution de reproductions d'œuvres réalisées à l'étranger, que ces reproductions aient été réalisées de manière légale ou illégale. Alors que la notion de distribution incorporant également la notion de location et de prêt, nécessite une présentation détaillée, on constatera que l'objet de ce droit constitue traditionnellement une œuvre incorporée dans un support matériel.

a- Objet et exposé de la notion de distribution

Objet

Selon une lecture systématique de la loi, le droit de distribution concerne une exploitation sous forme corporelle (*Verwertung in körperlicher Form*), explicitement mentionnée à l'art. 15 (1) de la loi sur le droit d'auteur allemand. On en déduit que ce droit ne concerne que les supports corporels/matériels d'œuvres et ne s'applique donc traditionnellement pas aux formes immatérielles/incorporelles de l'œuvre. De manière tout à fait classique, le droit de distribution concerne l'œuvre littéraire sous la forme d'un livre, une œuvre photocopiée, ou une œuvre musicale sous la forme d'une partition, et également des *copies numériques offline*, tel par exemple une œuvre musicale incorporée dans un support matériel, un *CD*, un *DVD*, une clef *USB* ou même une œuvre incorporée au disque dur d'un ordinateur. On a longtemps discuté si, dans le cadre d'une utilisation *online*, la distribution d'une œuvre a lieu sous forme corporelle/matérielle ou sous forme incorporelle. Aujourd'hui encore, une discussion s'engage, lorsque l'œuvre est susceptible d'être visionnée à l'écran d'un ordinateur. S'agit-il, selon une approche très technique, d'une reproduction sous forme corporelle ou s'agit-il d'une communication au public sous forme incorporelle ? Qu'en est-il lorsque la même œuvre pouvant être visionnée à l'écran d'un ordinateur peut également être imprimée et donc être

reproduite de manière corporelle et matérielle ? Il y a plus de questions que de réponses. Toujours est-il que le droit de distribution s'applique davantage à tous les types d'œuvres.

Encore s'agit-il de déterminer les actes qui sont réservés au titulaire du droit de distribution ? Qu'est-ce qu'un acte de distribution ? L'art. 17 de la loi sur le droit d'auteur accorde une importance au fait que l'exemplaire de l'œuvre soit mise en circulation ou offerte au public. Il semble donc n'y avoir distribution que vis-à-vis d'un public.

Distribution au public

Dans le cadre des développements précédents, on a exposé que la loi allemande sur le droit d'auteur connaît une définition légale de la notion de *public* à l'art. 15 al. 3 UrhG. La distribution individuelle de l'exemplaire d'une œuvre, par le biais de l'envoi de livres par courrier par exemple, constitue une distribution vis-à-vis d'un public. Au contraire, dès lors que les exemplaires d'une œuvre sont offerts de manière privée, vendus ou loués de manière uniquement privée, il n'y a pas d'acte de distribution. De même, la distribution n'est pas publique, dès que les exemplaires d'une œuvre sont distribués au sein d'une même entreprise. C'est pourquoi, la distribution d'un exemplaire d'une œuvre constitue soit *une mise en circulation*, soit *une offre au public*.

Mise en circulation

La mise en circulation est un acte qui permet de faire passer des exemplaires d'œuvres reproduites dans un environnement privé vers un environnement public¹²⁷⁰. En Allemagne, on enseigne souvent que l'exportation d'un exemplaire d'une œuvre à l'étranger vaut « mise en circulation » sur le territoire national¹²⁷¹, à partir du moment où la possession de l'exemplaire est transmise au transporteur. De manière générale, il y a mise en circulation, dès que la personne bénéficiaire acquiert la possession d'un exemplaire d'une œuvre que ce soit par le biais d'un transfert de propriété comme c'est le cas par exemple d'une vente, d'une donation, parfois d'un échange ou de tout autre transfert de possession. Ainsi, la location¹²⁷² ou le prêt d'un exemplaire matériel d'une œuvre constituent aussi une mise en circulation. Par exemple, on considère en Allemagne que les partitions de musique sont distribuées au sens juridique du terme, dès lors qu'un organisateur de concerts prête des partitions aux musiciens et que ces mêmes partitions seront redonnées à ce dernier en fin de concert¹²⁷³. Un autre cas d'un transfert de possession constitue la location de chambres d'hôtel meublées avec des copies non autorisées de meubles de *Le Corbusier*¹²⁷⁴. Le droit allemand considère alors que les exemplaires d'œuvres reproduites (les meubles *Le Corbusier*) sont distribués.

En revanche, la simple « mise à disposition » de fauteuils de *Le Corbusier* dans les espaces de détente d'un grand magasin ne constitue pas un transfert de possession. En fait, il n'y a de mise en circulation des exemplaires d'une œuvre que lorsque le titulaire du droit ne souhaite pas garder le contrôle sur les exemplaires. On peut critiquer ce critère son caractère subjectif. Quelle est la volonté du titulaire de droit ? Toujours est-il que la jurisprudence allemande considère que des exemplaires d'œuvres entreposés dans une maison d'édition et devant être prochainement publiés, mais dont les ébauches sont vouées à la destruction n'ont pas été distribués au sens juridique du terme. Dans ce cas, en effet, le titulaire des droits, c'est-à-dire

¹²⁷⁰ OLG Hamburg : GRUR 1972, 375, 376- *Polydor II*.

¹²⁷¹ BGH : GRUR 2004, 421-*Tonträgerpiraterie durch CD-Export* ; également OLG Köln ZUM 2009, 651, 653.

¹²⁷² Voir par exemple, BGH : GRUR 1986, 736-*Schallplattenvermietung* ; BGH GRUR 2009, 942-*Moteszuma*.

¹²⁷³ BGH : GRUR 1972, 141- *Konzertveranstalter*.

¹²⁷⁴ KG GRUR 1996, 968, 669f.

la maison d'édition voulait garder le contrôle sur les exemplaires des œuvres¹²⁷⁵. Si on tient compte de la volonté du titulaire des droits, on se pose la question de savoir si la remise symbolique d'un segment du mur de Berlin avec des œuvres sous forme de graffiti, de la part du Land de Berlin aux Nations-Unis, constitue une « mise en circulation » et donc une distribution. En fait, il s'agit ici d'un cas particulier, puisqu'il n'y a pas d'extériorisation de l'exemplaire de l'œuvre, et donc pas de « mise en circulation ». En effet, le mur et donc l'œuvre graffiti reste en possession des pouvoirs publics allemands, et c'est même l'Allemagne qui a transporté l'exemplaire de l'œuvre à ses propres frais à New-York¹²⁷⁶. Toujours est-il que l'exportation à l'étranger ne vaut pas toujours « mise en circulation » sur le territoire national¹²⁷⁷.

Un exemple de jurisprudence plus commun de « mise en circulation » est l'importation d'une œuvre protégée. Considérons par exemple la réalisation d'imitations de meubles (en l'occurrence, des meubles de *Le Corbusier*) sans l'accord de l'auteur, mais de manière légale, en raison de l'absence de protection par le droit d'auteur comme en Italie. Considérons ensuite que ces meubles aient été importés en Allemagne où les meubles sont protégés par le droit de la propriété intellectuelle¹²⁷⁸. Cette importation constitue bien un acte de « mise en circulation » et donc de distribution. De plus, on peut noter que l'importation, ne serait-ce que d'un seul exemplaire d'une œuvre, suffit afin de qualifier un acte de distribution. Même un achat-test constitue donc une distribution¹²⁷⁹. Par ailleurs, une « mise en circulation » n'est pas à comprendre dans le sens littéral du terme, mais bien dans un sens commercial¹²⁸⁰. Ainsi, dans certains cas, même le simple transit par l'Allemagne, d'exemplaires fabriqués dans un Etat membre constitue une « mise en circulation » et donc une distribution au sens du droit allemand¹²⁸¹.

Offre au public

Selon une lecture littérale de l'art. 17 de la loi sur le droit d'auteur allemand, une distribution ne se traduit pas seulement par une mise en circulation de l'exemplaire matériel d'une œuvre mais peut également constituer une simple « offre au public » de cet exemplaire. Dans ce contexte, « l'offre au public » n'est pas à comprendre au sens du droit civil, mais plutôt au sens large du terme, au sens économique¹²⁸². En fait, « l'offre au public » est à concevoir dans le sens d'une *invitation* à l'acquisition de la propriété ou de la possession. L'exemplaire d'une œuvre est donc également distribué lorsqu'il est simplement reproduit sur un dépliant publicitaire, ou sous toute forme de publicité ou autre produit promotionnel ! En effet, la distribution de l'exemplaire d'une œuvre englobe également les actes de préparation,

¹²⁷⁵ OLG Karlsruhe GRUR 1979, 771, 772- *Remission*.

¹²⁷⁶ BGH : GRUR 2007, 691, 692- *Staatsgeschenk*.

¹²⁷⁷ Par ailleurs, on peut émettre un doute concernant la pertinence d'une argumentation fondée sur le droit d'auteur à partir du moment où l'objet de toutes les attentions dans le cas présent est bien le mur de Berlin en soi et de manière accessoire seulement, le graffiti qui l'orne.

¹²⁷⁸ Voir à ce sujet : OLG München, *Strafsenat* : GRUR Int. 2009, 162- *Strafbarer Möbelnachbauimport* ; vgl auch BGH, *Strafsenat* : GRUR 2011, 227- *Italienische Bauhausmöbel* ; OLG Köln : ZUM 2009, 651, 652 f. LG München I, *Strafkammer* : ZUM-RD 2009, 51, 53 ; M. STIEPER : ZGE 2011, p. 227, 238.

¹²⁷⁹ Vgl. BGH GRUR, 1980, 227, 230- *Monumenta Germaniae Historica* ; OLG Köln : ZUM 2009, 651, 653 ; BGH GRUR 2009, 942 Tz. 28- *Motezuma*.

¹²⁸⁰ BGH : GRUR, 1957, 231, 234- *Taeschner* ; BGH GRUR 2004, 421, 424- *Tonträgerpiraterie durch CD-Export*.

¹²⁸¹ Cf. CJUE GRUR Int. 2000, 748, 750- *Polo/Lauren/Dwidua* ; CJUE GRUR Int. 2004, 317- *Rolex, Hilfiger ua*.

¹²⁸² KG GRUR 1983, 174- *Videoraubkassetten*. Pas seulement au sens de l'article 145 BGB.

en vue d'une mise en circulation effective de l'œuvre¹²⁸³. Ainsi, un acte peut être qualifié d'offre au public selon l'art. 17 de la loi sur le droit d'auteur allemand, alors même que l'achat effectif de l'exemplaire a lieu à l'étranger ou que l'exemplaire de l'œuvre est livré depuis un pays étranger vers l'Allemagne.

Prenons pour exemple une affaire concernant des lampes intemporelles, réalisées d'après des dessins de Wilhelm *Wagenfeld*, pionnier du design industriel et élève de l'école du *Bauhaus*¹²⁸⁴. En Allemagne, une telle lampe est une œuvre protégée par le droit d'auteur. La reproduction d'une telle lampe en Allemagne nécessiterait donc l'accord du titulaire des droits d'auteur. En Italie, en revanche le droit d'auteur ne protège pas le mobilier design. Ainsi, une telle lampe de *Wagenfeld* peut donc y être reproduite de manière tout à fait légale, sans autorisation du titulaire de droits, puis être vendue. Or, il se trouve que les acheteurs d'une telle lampe sont majoritairement allemands. C'est pourquoi, les producteurs et vendeurs de mobiliers design italiens ont réalisé des offres en ligne de cette lampe par le biais d'un site *internet* à l'intention des acheteurs allemands. La publicité reproduisant la lampe *Wagenfeld* est donc une « offre au public ».

Pouvant être vendue à l'étranger, puis donnée à un expéditeur afin d'être livrée en Allemagne, la lampe est considérée comme étant distribuée en Allemagne, à travers sa publicité *online*. Or, en l'absence de l'accord des titulaires de droits, la publicité réalisée dans ce cas précis à l'attention des acheteurs allemands porte atteinte à l'art. 17 de la loi sur le droit d'auteur. On peut d'ailleurs multiplier les exemples jurisprudentiels. Ainsi, les mesures de publicité ayant lieu en Allemagne, pour des imitations cette fois-ci du *mobilier Bauhaus*¹²⁸⁵ sans accord du titulaire de droit, portent également atteinte à l'art. 17 al.1 de la loi sur le droit d'auteur allemand.

La publicité et plus généralement les offres de reproduction d'œuvre doivent donc être limitées aux pays où les exemplaires matériels sont effectivement mis en circulation. Comment considérer qu'une « offre au public » soit destinée aux acheteurs allemands ? Il semble que la simple *possibilité* d'accès à l'offre en langue allemande permette de considérer qu'il s'agit d'une offre au public allemand. Reste à savoir si ce critère est compatible avec le droit primaire de l'Union européenne¹²⁸⁶. Bien sûr, on peut souligner ici l'imprécision des critères caractérisant une « offre au public ». En effet, on peut très bien imaginer que les vendeurs italiens s'adressent en anglais au public allemand voire même...au public français. La langue utilisée a-t-elle une influence sur la qualification juridique de l'acte en question ? Le contournement du droit serait bien facile !

Par ailleurs, l'offre en question ne doit donc pas forcément aboutir à la vente ou à la location *effective* de l'exemplaire de l'œuvre¹²⁸⁷, même si quelques fois, des offres globales ont été qualifiées de distribution¹²⁸⁸. On peut d'ailleurs noter que les œuvres exposées dans le cadre d'une foire exposition peuvent également être considérées comme étant distribuées,

¹²⁸³ Voir à ce propos DREIER/SCHULZE, 5. A..

¹²⁸⁴ Voir par exemple, l'arrêt *BGH* : GRUR 2007, 871- *Wagenfeld-Leuchte*.

¹²⁸⁵ LG Hamburg -GRUR-RR 2009, 211, 213 f – *Bauhaus-Klassiker* ; M. STIEPER : ZGE 2011, p. 227, 237 ; sa. Rn 4a).

¹²⁸⁶ Voir notamment, la compatibilité avec l'article 34 AEUV (TFUE). De plus, le *BGH* a posé une question préjudicielle à la *CJUE*. Voir *BGH* : GRUR 2011, 227– *Italienische Bauhausmöbel*.

¹²⁸⁷ *BGH* : GRUR 1991, 316, 317- *Einzelangebot* ; KG ZUM-RD 1999, 340, 343- *Angebot von Sendemitschnitten durch Medienbeobachtungsdienst*.

¹²⁸⁸ Voir par exemple, G. SCHRICKER GRUR Int. 2004, 786, 789 ; KG GRUR 1983, 174, 175 – *Videoraubkassetten*.

puisque les œuvres sont bien destinées à la vente : il s'agit donc bien de différentes offres au public¹²⁸⁹.

On vient de voir que la notion de distribution est une notion très large en Allemagne, englobant non seulement le concept de « mise en circulation » mais aussi celui « d'offre au public ». Alors que l'offre au public peut être caractérisée par une simple publicité d'un exemplaire reproduit, la mise en circulation recouvre non seulement l'aliénation des supports mais aussi toute mise en possession, notamment la location et le prêt. En fait, le but de la distribution consiste (à côté du droit de reproduction) à contrôler les copies réalisées à l'étranger et à réguler l'utilisation de copies de reproduction qu'elles soient légales ou illégales. En effet, la lecture de l'art. 17 de la loi sur le droit d'auteur doit être complétée par l'art. 96 qui traite de la distribution de copies réalisées de manière illégale. En vue d'atteindre ce but, le droit de distribution d'exemplaires d'œuvre peut faire l'objet d'aménagements sur le plan contractuel, ce qui est rendu possible par l'art. 31 I 2.

b- Limites contractuelles au droit de distribution.

Quel est l'intérêt de limiter la distribution des exemplaires d'une œuvre ? En fait, il s'agit d'apporter une réponse à un conflit d'intérêts. D'un côté, en effet, l'auteur souhaite contrôler la distribution des exemplaires de ses œuvres, mais d'un autre côté, il faut tenir compte des objectifs de l'Union Européenne encourageant la libre circulation des marchandises tout comme le besoin de sécurité et de transparence juridique. Bien-sûr, en raison de l'épuisement du droit de distribution, seule la première distribution de l'exemplaire de l'œuvre peut être limitée. Une seule condition doit alors être respectée : les exploitations ainsi limitées doivent être indépendantes et avoir une signification économique propre.

On distingue alors une possibilité de limiter contractuellement le droit de distribution suivant l'espace, le temps et le contenu.

Premièrement, l'auteur peut limiter la distribution de son œuvre à un certain périmètre géographique. Pourtant, il faut d'emblée souligner qu'une limitation spatiale de la distribution d'une œuvre à certaines régions d'Allemagne n'est pas possible. La distribution d'un exemplaire d'une œuvre ne peut être limitée qu'à certains Etats. Pour les autres droits, une telle limitation est néanmoins possible. Ainsi, le titulaire des droits sur une œuvre peut par exemple décider qu'une œuvre audiovisuelle ne soit télédiffusée qu'en Bavière, ou que la présentation au public d'un ballet ne soit autorisée que par le ballet de l'opéra de Bavière (*Bayerische Staatsoper*). En revanche, une scission géographique supplémentaire de la distribution de l'exemplaire d'une œuvre n'est pas possible puisque le risque est grand que, par ce biais, l'épuisement du droit de distribution, qu'on va aborder dans les développements suivants, soit contourné¹²⁹⁰. De plus, comme le droit de distribution s'épuise au-delà de la première mise en circulation ou offre au public, pour l'espace *géographique* de l'Union Européenne tout comme pour l'espace *économique* européen, on peut même considérer que la distribution d'un exemplaire ne peut être limitée à un simple Etat, en raison de la volonté politique d'encourager la liberté de circulation des marchandises et des services. Toutefois, lorsque la distribution des œuvres n'a été autorisée qu'en Europe, et dans l'espace

¹²⁸⁹ Voir à ce sujet *BGH* : GRUR 1982, 371- *Scandinavia*.

¹²⁹⁰ Vgl. *BGH* : GRUR 2003, 699, 702- *Eterna*.

économique européen, l'exportateur dépasse le cadre autorisé et porte atteinte au droit de distribution, lorsqu'il exporte les œuvres aux Etats-Unis ou au Japon¹²⁹¹.

Deuxièmement, la distribution d'un exemplaire d'une œuvre peut être limitée, par exemple, à un Etat extra-européen, pour une durée de dix ans. Une fois ce délai dépassé, les exemplaires ne peuvent plus être distribués. Par ailleurs, les exemplaires non distribués dans ce délai ne peuvent plus faire l'objet d'un épuisement des droits.

Troisièmement, l'auteur ou le titulaire des droits peut limiter la distribution de son œuvre quant à un certain contenu¹²⁹². Comment limiter la distribution suivant un contenu ? Cela signifie qu'on différencie le droit de distribution selon différents canaux de distribution. On considère par exemple que le commerce du livre en détail constitue un autre canal de distribution pour une œuvre littéraire que la mise à disposition de livres dans un club de livres¹²⁹³. De même, la distribution de livres sous forme « d'éditions reliées » et « d'éditions de poche » sont des éditions distinctes permettant une distribution différente et ayant leur indépendance économique respective¹²⁹⁴. Il a également été considéré que les distributions des œuvres sous forme de microfiches, de cassettes vidéo ou d'œuvres numériques, comme les *CD-ROM*¹²⁹⁵, constituent des distributions distinctes, indépendantes les unes des autres. Il s'agit également de distributions distinctes lorsqu'une œuvre est éditée sous la forme d'une édition unique, sous la forme d'un recueil, ou dans le cadre d'œuvres complètes. Dans ce cas, on peut distinguer les différentes formes de distribution d'une même œuvre, leurs prix, la vente d'éditions à bas prix dans les filiales d'un café ou bien la vente d'une œuvre dans une librairie. La vente d'un exemplaire de la bible, par exemple, par un marchand de journaux ne constitue pas, selon la Cour fédérale de justice, une distribution distincte de la vente dans une librairie¹²⁹⁶. La seule prise en compte de personnes différentes ne justifie pas une distribution distincte¹²⁹⁷. De même, la distribution d'un même logiciel par le biais d'une version peu chère et réduite, uniquement commercialisée en même temps que l'achat d'un nouvel ordinateur ne peut être distinguée d'une version plus chère, pouvant être vendue séparément. Selon le *BGH*, les deux formes de distribution ne peuvent être distinguées¹²⁹⁸.

Une limite du droit de distribution (*qu'on ne peut pas choisir contractuellement*) constitue son épuisement. Selon M. Ulmer, on parle d'épuisement que lorsque les exemplaires sont mis dans le commerce par voie d'aliénation avec le consentement du titulaire du droit. A travers cette aliénation, l'auteur manifeste sa volonté d'abandonner son contrôle sur les exemplaires des œuvres. Il n'y a pas d'épuisement lorsque les exemplaires sont uniquement prêtés ou loués. Comme le souligne justement M. Pollaud-Dulian, on ne peut donc pas dire que l'épuisement fasse partie de la nature même du droit de distribution, mais plutôt que, pour

¹²⁹¹ De même, on peut agir contre la distribution d'exemplaires, qui ont été réalisés à l'étranger sans accord du titulaire de droit, mais qui d'après la situation de droit en Italie, ont été réalisés de manière légale (parce qu'en Italie, la durée de protection a, par exemple, expiré) et ainsi l'exportation vers l'Allemagne est autorisée, là où la distribution n'est possible qu'avec l'avis du titulaire de droit. La « *Weiterverbreitung* » (la distribution) en Allemagne présuppose donc que l'œuvre doit avoir été autorisée à être distribuée.

¹²⁹² Vgl. *BGH* : GRUR 1986, 736, 737- *Schallplattenvermietung* ; *BGH* GRUR 2001, 153, 154- *OEM-Version*.

¹²⁹³ *BGH* : GRUR 1959, 200, 202 f. – *Der Heiligenhof*.

¹²⁹⁴ *BGH* : GRUR 1992, 310, 311- *Taschenbuch-Lizenz*.

¹²⁹⁵ *BGH* : GRUR 2002, 248, 251- *Spiegel-CD-ROM*.

¹²⁹⁶ *BGH* : GRUR 1990, 669, 671- *Bibelreproduktion*.

¹²⁹⁷ OLG Frankfurt CR 1991, p. 92, 93 ; OLG München ZUM 1996, 420, 423–*Accatone*.

¹²⁹⁸ *BGH* : GRUR 2001, 153, 154- *OEM-Version*.

des raisons particulières, le droit de distribution s'épuise dans certains cas. En effet, tous les actes considérés comme des actes de distribution n'épuisent pas le droit afférent.

2- Epuisement du droit de distribution

D'un côté, l'auteur doit pouvoir décider de son propre gré, si et dans quelles conditions les reproductions de son œuvre doivent atteindre le public. D'un autre côté, l'auteur ne doit pas pouvoir exercer de « pouvoirs » exclusifs sur les reproductions atteignant le public¹²⁹⁹, à cause de la libre circulation des biens et des marchandises. C'est pourquoi, le droit de distribution est limité par son épuisement. L'épuisement permet donc une balance entre les intérêts du titulaire de droit et du public. A travers le principe de l'épuisement, le droit de distribution est en quelque sorte usé ou consommé ce qui fait que certains actes d'exploitation ne sont plus englobés par le droit d'exploitation¹³⁰⁰. De plus, il faut noter que selon la logique même de cette théorie, l'épuisement du droit ne concerne que le droit de distribution. Par conséquent, le droit de reproduction tout comme les autres prérogatives de l'auteur ne sont pas concernés par le principe de l'épuisement¹³⁰¹.

a- Conditions de l'épuisement

La théorie de l'épuisement s'applique à la diffusion des exemplaires après leur première mise en circulation. Si celle-ci a eu lieu sans l'autorisation de l'auteur, la distribution ultérieure sera illicite. En revanche, si l'auteur a aliéné ou autorisé l'aliénation des exemplaires, son droit de distribution s'épuise. Il perd alors tout moyen de contrôler leur sort. Autrement dit, les conditions de l'épuisement se dédoublent. En premier lieu, un acte d'aliénation est nécessaire, et en deuxième lieu, il faut que cet acte soit autorisé par le titulaire du droit de distribution.

aa- Un acte d'aliénation

D'après cette première condition, les actes d'aliénation sont ceux par lesquels le titulaire transfère son droit de propriété. Par conséquent, tout acte de distribution n'implique pas l'épuisement du droit de distribution¹³⁰². A l'opposé, la vente ou même la donation épuisent le droit.

A première vue, la première aliénation offre un critère relativement commode afin de déterminer d'un point de vue pratique le moment de l'épuisement. En effet, elle permet au titulaire du droit d'établir le prix en fonction des diverses possibilités d'exploitation qui séparent la première vente de « l'accession » de l'exemplaire de l'œuvre au consommateur final. Cependant, M. Pollaud-Dulian considère que d'un point de vue théorique, aucun argument décisif n'oblige à placer l'effet de l'épuisement à ce moment là plutôt qu'à un autre.

¹²⁹⁹ DREIER/SCHULZE/SPECHT, 5 A., Rn. 24.

¹³⁰⁰ Voir par exemple *BGH GRUR* 1985, 924, 925 – *Schallplattenimport II*.

¹³⁰¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, 1989, p. 347 s. (349).

¹³⁰² Depuis l'arrêt *CJUE, C-456/06- Cassina*, le prêt et la location ne font plus partie de la notion de distribution.

A y regarder de plus près, il est vrai qu'on peut se demander, si la théorie de l'épuisement garantit une juste rémunération. Selon M. Pollaud-Dulian, la première vente ne peut pas véritablement prendre en compte les différentes utilités économiques dont les exemplaires sont susceptibles. Dans bien des cas, en effet, les prix ne reflètent pas et ne peuvent pas refléter la véritable valeur de ce que l'auteur cède. On peut souligner que certains juristes allemands ont pris en considération cette difficulté et ont voulu repousser plus loin le moment de l'épuisement, en vain.

bb- Consentement du titulaire de droit

C'est avec le consentement du titulaire de droit que l'original ou la reproduction d'une œuvre doit avoir été mis en circulation. A défaut, il ne peut pas y avoir épuisement du droit de distribution¹³⁰³. Personne ne peut invoquer que le titulaire a consenti tacitement à la mise en circulation des exemplaires de l'œuvre. D'ailleurs, celui qui invoque l'épuisement des droits est précisément celui qui doit rapporter la preuve du consentement du titulaire des droits à la mise en circulation de l'œuvre¹³⁰⁴. Pourtant, cette exigence du consentement de l'auteur ou du titulaire des droits pose des problèmes d'interprétation. Jusqu'où va l'exigence de consentement¹³⁰⁵ ? L'auteur a-t-il la possibilité de donner un accord partiel ou doit-il donner un accord global ?

L'auteur ou le titulaire des droits a la possibilité de limiter contractuellement l'étendue de la première distribution en ce qui concerne l'espace, le temps et même le contenu. En cela, il ne s'agit pas seulement de prendre en compte le fait que le titulaire de droit ait consenti à la mise en circulation de l'œuvre, mais il s'agit aussi de rechercher les conditions dans lesquelles l'exemplaire de l'œuvre a été mis en circulation. A partir du moment où l'auteur ou le titulaire des droits peut subordonner son consentement à certaines conditions et par la même, donner un « accord partiel », la question qui se pose est la suivante : L'accord partiel implique-il un épuisement partiel correspondant ou l'épuisement reste-t-il toujours global et absolu ?

Selon M. Pollaud-Dulian, deux séries d'intérêts s'opposent. D'un côté, l'auteur a un intérêt évident à pouvoir diviser les droits qu'il cède avec effet absolu. De l'autre, ce droit peut constituer une entrave à la liberté du commerce et, faute de bornes précises, menacer la sécurité juridique. L'équilibre à trouver entre ces deux catégories d'intérêts doit servir de guide, selon les juristes allemands, pour déterminer l'étendue des effets de l'épuisement du droit. Cet équilibre recherché par la loi et la jurisprudence définit les frontières des prérogatives de l'auteur.

¹³⁰³ Voir à ce sujet, LG Köln in : ZUM-RD 2006, 256, 259.

¹³⁰⁴ BGH : ZUM 2005, 475, 476- *Atlanta*.

¹³⁰⁵ C'est aussi la question que se pose F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, 1989, p. 347 s. (349).

b- Effets de l'épuisement

aa- Généralités

La théorie de l'épuisement empêche le titulaire de droits ou l'auteur de limiter ou de contrôler la façon de redistribuer¹³⁰⁶ les exemplaires de l'œuvre¹³⁰⁷. Avec l'épuisement du droit de distribution, le titulaire des droits ne contrôle plus l'exemplaire de l'œuvre¹³⁰⁸. Il n'y a pas d'épuisement du droit de distribution, lorsque les programmes d'ordinateur transférés ont été simplement loués et non pas aliénés¹³⁰⁹. De même lorsque des graffitis ont été tagués sur le mur de Berlin, ces graffitis sont bien destinés au public mais non pas aliénés. Par conséquent, le droit de distribution n'a pas à s'appliquer et il ne peut donc pas non plus s'épuiser¹³¹⁰. Par ailleurs, lorsque des exemplaires d'œuvres ont été transférés entre deux filiales d'une même entreprise, il n'y a pas eu de mise en circulation des exemplaires en question, si bien qu'on ne peut non plus parler ni de distribution ni d'épuisement du droit de distribution¹³¹¹. De toute façon, on peut dire que l'effet de l'épuisement se limite à la redistribution corporelle de l'exemplaire de l'œuvre. L'objet de l'épuisement n'est donc pas l'œuvre protégée par le droit d'auteur en soi, mais bien l'exemplaire de l'œuvre, tel qu'il a été distribué concrètement.

En Allemagne, un chapitre particulier de la loi sur le droit d'auteur précise les dispositions relatives aux programmes d'ordinateur. Ainsi, suite à la transposition de la directive sur les programmes d'ordinateur, le droit allemand a transposé le principe de l'épuisement pour les œuvres logicielles, à l'art. 69 c n°3 de la loi sur le droit d'auteur¹³¹². On verra que la France a paradoxalement également transposé la directive sur les programmes d'ordinateur à l'art. L. 122-6, 3° du *CPI* sans toutefois mentionner explicitement la terminologie de « droit de distribution » mais en prévoyant néanmoins l'épuisement de cette prérogative. Il y a donc une différence de traitement entre deux catégories d'œuvres à partir du moment où un logiciel est soumis au régime du droit de distribution et qu'une œuvre autre que logiciel est soumise au droit de destination.

On peut souligner que l'épuisement d'un droit en Allemagne n'est actuellement plus un principe général. Néanmoins, dans les années 1980-1990, la jurisprudence avait soutenu une expansion de l'épuisement, s'appliquant également à d'autres droits¹³¹³. Cependant, l'opinion majoritaire de la doctrine refuse de reconnaître une telle portée à l'épuisement des droits¹³¹⁴ et la nouvelle jurisprudence approuve cette doctrine¹³¹⁵. Reconnaître l'épuisement du droit de « communication au public » reviendrait à nier l'existence même de ce droit ou du moins à

¹³⁰⁶ En allemand: *weiterverbreiten*.

¹³⁰⁷ Voir OLG Frankfurt a. M. CR 2009, p. 423, 424.

¹³⁰⁸ *BGH* : GRUR 1985, 131, 132- *Zeitschriftenauslage beim Friseur* ; *BGH* : ZUM 2005, 475, 476- *Atlanta*.

¹³⁰⁹ LG Köln ZUM-RD 2010, 636, 639.

¹³¹⁰ *BGH* : GRUR 1995, 673, 676- *Mauer-Bilder*.

¹³¹¹ *BGH* GRUR 1982, 100, 102- *Schallplattenexport*.

¹³¹² Pour une application de ce principe, voir : *BGH* : GRUR 2001, 153, 154 – *OEM-Version*.

¹³¹³ Voir par exemple *BGH* GRUR 1981, 413, 416 – *Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten* ; *BGH* GRUR 1995, 673, 676– *Mauer-Bilder* ; KG ZUM 1996, 788, 789 pour l'épuisement du droit de télédiffusion de n° à multins au niveau de la retransmission par câble. Voir aussi, *CJUE* GRUR Int. 1990, 602, 607– *Le Boucher* ; *CJUE* GRUR Int. 1983, 175, 177 – *Le Boucher II*.

¹³¹⁴ Voir *SL/ J. v. UNGERN-STERNBERG* § 15 Rn.34 ; *WB/J. D. Heerma* § 15 Rn.24 ; A. BERGMANN, *FS Erdmann*, 2002, p. 17, 24.

¹³¹⁵ *BGH* : GRUR 2000, 699, 701 – *Kabelweitersendung*.

considérablement réduire sa raison d'être. L'épuisement ne concerne donc que le droit de distribution.

Selon une jurisprudence constante, celui qui est titulaire des droits de distribution d'un exemplaire d'une œuvre peut, dans le cadre précis d'une annonce publicitaire en vue de sa distribution, reproduire cet exemplaire. Le titulaire d'un droit de distribution est donc également titulaire d'un droit de reproduction spécifique¹³¹⁶. En vue de distribuer par exemple des livres, le titulaire du droit de distribution peut reproduire l'image de ces livres dans des journaux. On peut même noter que la personne autorisée à distribuer une œuvre musicale sous la forme d'un CD, peut reprendre une photo utilisée sur la couverture du CD, et communiquer sur un site *internet* cette photo, en vue de distribuer le CD. Dans ce cas, le titulaire du droit de distribution dispose donc même d'un droit de communication au public¹³¹⁷ ! En revanche, le cadre de la simple publicité est dépassé dès lors que la photo d'un livre, par exemple est agrandie et utilisée pour la décoration d'une vitrine¹³¹⁸. Par contre, dès lors que l'œuvre à distribuer est utilisée de manière incorporelle, par le biais d'une présentation vidéo, alors les droits de représentation doivent être obtenus¹³¹⁹. En effet, il ne s'agit plus de la faculté de circulation¹³²⁰ d'objet acquis légalement tel un livre, un CD ou un DVD dans lequel est intégré une œuvre protégée, mais bien de la communication de l'œuvre en soi, indépendamment justement du support¹³²¹.

bb- Conséquences des limites contractuelles pour l'épuisement

Remarques introductives

L'art. 31 I, phrase 2¹³²² de la loi sur le droit d'auteur en Allemagne dispose d'une part que les droits d'utilisation concédés par l'auteur peuvent être limités dans l'espace, le temps et quant à leur contenu. D'autre part, l'art. 17 al.2 de la loi sur le droit d'auteur allemand propose bien un principe d'épuisement automatique. La question qui se pose est de savoir si l'effet d'épuisement subit les mêmes limites que l'autorisation donnée par l'auteur¹³²³. Les rapports entre les art.s 31, I, phrase 2 instituant la liberté contractuelle et l'art. 17 al.2 consacrant l'épuisement des droits, peuvent être interprétés de deux façons :

D'une part, on peut considérer que l'art. 31 I, phrase 2 limite l'effet de l'art. 17 al. 2 de la loi sur le droit d'auteur allemand. Autrement dit, l'effet de l'épuisement a lieu dans les mêmes limites que la concession du droit de distribution. Dans ce cas, il s'agit d'un épuisement partiel. Cette interprétation attache une plus grande importance au consentement et à la liberté contractuelle, qui doit être analysée en fonction de chaque cas. Cette première analyse donne son sens plénier à l'art. 31 I, Satz 2 de la loi sur le droit d'auteur.

¹³¹⁶ BGH ZUM 2000, 1082, 1084 – *Parfumflacon* ; GANEA GRUR Int. 2005, 102, 106. Critique à ce sujet de G. SCHRICKER, *Bemerkung zur Erschöpfung im Urheberrecht*, in : GANEA, Peter [éd.], *Urheberrecht, Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz*, München 2001, p. 456.

¹³¹⁷ LG München I : ZUM 2009, 681, 685 – *LP-Cover-Foto*.

¹³¹⁸ OLG Düsseldorf : ZUM-RD 2008, 524, 526 – *Schaufensterdekoration*.

¹³¹⁹ BGH : GRUR 1986, 742, 743 – *Videofilmvorführung*.

¹³²⁰ En allemand: *Verkehrsfähigkeit*.

¹³²¹ P. GANEA : GRUR Int. 2005, 102, 106 f.

¹³²² *Das Nutzungsrecht kann als einfaches oder ausschließliches Recht sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden.*

¹³²³ Question posée aussi par F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, 1989, p. 347 s. (349).

D'autre part, on peut au contraire considérer que l'art. 17 al. 2 de la loi sur le droit d'auteur limite l'art. 32 I, phrase 2 de la loi sur le droit d'auteur allemand. Dans ce cas, on prend en compte l'épuisement absolu. Les restrictions contractuelles n'affectent alors que la mise en circulation de l'exemplaire de l'œuvre et non les distributions postérieures. Ce qui compte est donc la licéité de la première distribution. Cette seconde interprétation est plus conforme aux finalités de l'art. 17 al.2 de la loi sur le droit d'auteur.

La jurisprudence actuelle semble accorder une plus grande importance à la liberté contractuelle et considère que l'étendue de l'épuisement est directement liée à la question de l'étendue du droit de distribution¹³²⁴. Pour l'opinion majoritaire, les accords contractuels semblent donc limiter la portée de l'épuisement du droit de distribution. Dans les développements suivants, il s'agit d'étudier de manière plus précise les restrictions apportées au consentement à la mise en circulation.

Limites spatiales de l'épuisement

Traditionnellement, le droit d'auteur et donc le droit de distribution est territorialement limité, en fonction des différents Etats, suivant le principe de territorialité. Le titulaire des droits a-t-il la possibilité de limiter, par exemple, son droit de distribution à la Suisse, de manière à ce que ses œuvres ne soient distribuées qu'en Suisse et non en Allemagne ? Quelles sont les conséquences pour l'épuisement du droit de distribution ? La doctrine majoritaire, nous l'avons vu, considère que la limitation contractuelle concernant le droit de distribution doit avoir des effets quant à l'étendue de l'épuisement. Cela signifie-t-il que l'épuisement n'a lieu qu'en Suisse, ce qui va à l'encontre de la liberté de circulation des marchandises ? En fait, il semble que la distribution d'une œuvre ne peut être restreinte à un Etat.

Par ailleurs, il faut souligner qu'il n'y a pas d'épuisement international¹³²⁵. Cela irait d'ailleurs à l'encontre de l'art. 4 al.2 de la directive *InfoSoc*. De plus, l'épuisement ne permet pas de cloisonner les marchés géographiquement. En effet, en l'absence d'épuisement, le droit de distribution s'appliquerait à différents titulaires de droit situés dans différents pays, et il n'y aurait pas de libre circulation des supports incorporant des œuvres protégées par le droit d'auteur. Néanmoins, l'épuisement européen connaît des limites : Prenons par exemple une œuvre protégée par le droit d'auteur en Angleterre. Imaginons que cette œuvre ne soit pas protégée par le droit d'auteur en Allemagne. Dans ce cas, les exemplaires de l'œuvre distribués en Allemagne ne doivent pas être distribués en Angleterre. En effet, il n'y a pas d'épuisement en Allemagne, à partir du moment où les exemplaires de l'œuvre ont été distribués sans le consentement de l'auteur¹³²⁶.

Limites quant à la durée et au contenu du droit

L'art. 31 I, al. 2 de la loi allemande sur le droit d'auteur permet à l'auteur ou au titulaire de droit de ne concéder un droit d'exploitation que pour une durée limitée. Ainsi, le concessionnaire (tel par exemple l'éditeur) qui n'a obtenu qu'un droit de distribution limité dans le temps ne peut plus mettre les exemplaires en circulation, une fois le délai écoulé. En absence de distribution, il ne peut pas non plus y avoir d'épuisement. Par ailleurs, il existe

¹³²⁴ *Der Umfang der Erschöpfung steht im engen Zusammenhang mit der Frage, inwieweit das Verbreitungsrecht dinglich wirksam aufspaltbar ist. Desgleichen können vertragliche Absprachen bei der Erstverbreitung die hiermit eintretende Erschöpfung beschränken.*

¹³²⁵ Voir aussi à ce propos *BGH, -Schallplattenimport I*, du 27 février 1981 : GRUR 1981, 587, et également *BGH, Schallplattenimport II*, du 21 mars 1985 : GRUR 1985, 824.

¹³²⁶ LG Köln : ZUM-RD 2006, 256, 259 f.

aussi des limitations qui portent sur la nature et l'étendue du droit de distribution. Ainsi, les ouvrages qui sont vendus dans le commerce du livre au détail ne peuvent pas être vendus à des clubs de livres¹³²⁷ et, par conséquent, le droit de distribution des livres à un club ne s'épuise pas.

§ 2- Deux écoles face à l'évolution sur le plan européen

Après l'analyse de l'apport de la jurisprudence européenne dans un monde analogique (A), c'est sa réception à l'échelle nationale qui retiendra l'attention (B).

A- Apport de la jurisprudence européenne dans un monde analogique

Trois arrêts de la *CJUE* sont particulièrement importants : l'arrêt *Peek&Cloppenburg* (1), l'arrêt *Knoll* (2), et l'arrêt *Art&Allposters* (3).

1- Arrêt *Peek&Cloppenburg*

Les faits

L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) du 17 avril 2008 précise la notion de distribution. Les juges allemands avaient saisi la Cour d'une question visant à interpréter la définition du droit de distribution retenue par la directive du 22 mai 2001. En l'occurrence, la société allemande de confection de vêtements *Peek&Cloppenburg* avait aménagé dans un de ses magasins un espace de repos pour la clientèle, équipé de fauteuils, de canapés et d'une table *Le Corbusier* et exposé un de ces fauteuils en vitrine à des fins décoratives. Ces meubles ne provenaient pas de la société *Cassina*, titulaire d'une licence de fabrication et de commercialisation des meubles issus des œuvres de *Le Corbusier*. La société allemande *Peek&Cloppenburg* arguait cependant que ces meubles produits par une entreprise située à Bologne (Italie) avaient été fabriqués légalement, dans la mesure où de tels meubles ne bénéficiaient, à l'époque, d'aucune protection du droit d'auteur dans l'Etat membre où ils étaient fabriqués.

Réponse de la Cour aux questions préjudicielles

Les juges du fond ayant fait droit à la demande de *Cassina*, la société *Peek&Cloppenburg* a introduit un recours en révision devant la Cour fédérale de justice (*BGH*) laquelle a jugé bon d'adresser à la *CJUE* des questions préjudicielles. Le *BGH* se demande si le fait d'offrir des œuvres à l'usage (ici les meubles) ou le fait de les montrer constitue un acte de distribution soumis au droit exclusif. Tout l'enjeu revient à interpréter la formule énigmatique de l'art. 4 de la directive 2001 visant toute forme de distribution « par la vente ou autrement » et notamment de déterminer si de tels actes d'usage *sans* transfert de propriété ou même la simple exposition des œuvres, *sans* possibilité d'utiliser lesdites reproductions¹³²⁸ relèvent du monopole.

¹³²⁷ *BGH* : GRUR 1959, 200, 202- *Der Heiligenhof*. Cf. *BGH* : GRUR 2001, 153, 154- *OEM-Version* ; OLG München : ZUM 1996, 420, 423- *Accatone*.

¹³²⁸ *BGH*, 5 oct. 2006, I ZR 247/03 : GRUR 2007, 50, *Le Corbusier-Möbel I*.

Après avoir déploré les lacunes de l’acquis communautaire sur ce point, les juges luxembourgeois estiment que ni le simple fait d’accorder au public la possibilité d’usage des reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur ni l’exposition au public desdites reproductions sans même que la possibilité d’utiliser celles-ci soit accordée, ne sauraient constituer une forme de distribution au public.

Appréciation de l’arrêt

La Cour de justice a jugé que le droit de distribution ne permet de contrôler que des actes qui impliquent un transfert de propriété. Elle en a déduit que le droit d’auteur sur les chaises de *Le Corbusier* ne permettrait pas au titulaire des droits de s’opposer, au titre du droit de distribution, à l’usage de ces chaises par des commerçants pour le repos de clients et l’affichage¹³²⁹ en vitrine. Si de prime abord, cette solution semble pleine de bon sens, elle appelle toutefois un commentaire critique.

Tout d’abord, la solution se fonde sur une présumée absence d’acquis communautaire pour éclairer la notion de distribution. Il est vrai que la notion de distribution n’est pas définie de manière précise par les directives. En effet, l’art. 4 de la directive *InfoSoc* dispose que le droit de distribution est « le droit exclusif d’autoriser ou d’interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement [...] ». La formulation de l’art. 4 est donc large et évasive. Qu’est-ce qu’une forme de distribution autrement que par la vente ? Tenons nous-en d’abord à une interprétation grammaticale du libellé de la directive. L’art. 4 al.2 de la directive *InfoSoc* dispose bien que l’acte catalyseur de l’épuisement est le « transfert de propriété ». A partir du moment où la condition du « transfert de propriété » n’est mentionnée qu’à l’alinéa 2 de l’art. 4, on pourrait considérer¹³³⁰ que l’alinéa 1 ne concerne pas uniquement le transfert de propriété. Néanmoins, on peut très bien invoquer l’argument inverse en ce que l’alinéa 1 n’est à interpréter que dans le sens de l’alinéa 2 de l’art. 4 et n’est donc justement à comprendre comme transfert de propriété. On constate, une analyse grammaticale de la directive aboutit à des interprétations... contradictoires. Par ailleurs, comme le rappelle Mme Bénabou, « on ne peut se limiter à définir un concept par rapport aux concepts qui le bornent »¹³³¹. C’est pourquoi, la Cour fait appel aux textes internationaux.

S’il on admet que la directive *InfoSoc* devrait obéir aux exigences du traité de l’OMPI concernant l’interprétation et l’exécution des phonogrammes, l’interprétation de la CJUE serait justifiée, à savoir qu’une distribution réalisée par le biais « d’une vente ou d’une autre façon » est une distribution réalisée par le biais d’une « vente ou tout autre transfert de propriété »¹³³². Néanmoins, est-il véritablement justifié de réduire l’interprétation de l’art. 4 de la directive *InfoSoc*, au sens de l’art. 6 du traité sur le droit d’auteur de l’OMPI ?

S’il est exact de considérer que l’art. 4 « transpose »¹³³³ en quelque sorte l’art. 6 du traité de l’OMPI au niveau européen, il ne faut toutefois pas perdre de vue que l’art. 6 du traité de l’OMPI n’institue qu’une protection minimale¹³³⁴ des droits en faveur de l’auteur. Il s’ensuit que la directive peut accorder une protection plus grande à l’auteur, et donc une étendue plus

¹³²⁹ Terminologie « neutre » permettant d’éviter l’expression « d’exposition ».

¹³³⁰ Dont CJUE, Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston, vom 17.1.2008 Tz. 31– *Cassina*.

¹³³¹ V.-L. BENABOU, Blog, *Le « chat » et la souris*, *Juriscom.net*.

¹³³² CJUE ZUM 2008, 510, Rn. 33 f- *Le Corbusier-Möbel*.

¹³³³ CJUE : GRUR Int. 2007, 237, 239 Tz. 39- *Laserdisken*.

¹³³⁴ Voir notamment S. von LEWINSKI, *Gedanken zur Cassina-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs*, in : FS Loewenheim 2009, p. 175s; G. SCHULZE, *Die Gebrauchsüberlassung von Möbelimitaten-Besprechung zu BGH Le Corbusier II* : GRUR 2009, 812s; M. WALTER : MR 2008, p. 2465.

large des droits en faveur de l'auteur¹³³⁵. Ceci est d'ailleurs corroboré par le considérant 9 de la directive *InfoSoc* qui prévoit un haut niveau de protection, une rémunération équitable et un système efficace pour la protection du droit d'auteur. Selon M. Welser, « ce n'est pas le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne de reformuler des droits prévus par le législateur européen »¹³³⁶. Le même argument est utilisé par la *CJUE* à l'encontre de *Cassina*, afin d'éviter justement de créer au profit des auteurs de nouveaux droits, qui selon la Cour n'ont pas été prévus par le législateur et permettant, d'élargir ainsi le sens de la notion de distribution.

La *CJUE* laisse donc entendre que tout acte d'usage d'un exemplaire matériel, dès lors qu'il ne comporte pas de transfert de propriété ne constitue pas un acte de distribution soumis au droit exclusif. *A contrario*, il en découle que les actes de location et de prêt ne constituent pas des variantes du droit de distribution¹³³⁷, ce qui, on le verra, ne correspond pas à la notion de distribution au sens de l'art. 17 al.1 UrhG du droit allemand. Ainsi, la CJCE « respecte peu les subtilités dogmatiques des lois nationales »¹³³⁸.

2- Arrêt *Knoll*

C'est ce que montre l'arrêt *Dimensione Direct Sales Srl, Michel Labianca contre Knoll International*¹³³⁹, rendu en mai 2015. La question préjudicielle a été présentée dans le cadre d'un litige opposant *Dimensione Direct Sales Srl* (ci-après *Dimensione*) et M. Labianca à *Knoll International SpA* (ci-après *Knoll*), sociétés de droit italien, au sujet d'une violation alléguée du droit exclusif de distribution de *Knoll* résultant d'offres de vente, faites par *Dimensione*, de reproductions de meubles, protégés au titre du droit d'auteur en Allemagne au moyen d'une campagne de publicité ciblée, dirigée vers cet Etat membre.

Knoll a assigné *Dimensione* devant le tribunal de Hambourg, afin qu'il leur soit fait interdiction de proposer ces meubles à la vente en Allemagne. Le *Landgericht de Hamburg* a fait droit à la demande de *Knoll*, et le *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* a confirmé le jugement rendu en première instance. C'est pourquoi *Dimensione* et M. Labianca ont introduit un recours en « révision » devant le *BGH* qui relève que le succès du recours dépend de l'interprétation de l'art. 4 paragraphe 1 de la directive *InfoSoc* et notamment de la question de savoir, si le droit de distribution prévu par cette disposition comprend le droit d'offrir à la vente au public l'original ou une copie d'une œuvre protégée. Dans le cas où il conviendrait de répondre par l'affirmative à cette question, deux autres questions se poseraient. Premièrement, il s'agit de savoir si le droit d'offrir à la vente au public l'original d'une œuvre ou des copies de celles-ci comprend également le droit exclusif de faire de la publicité de ces objets, et deuxièmement, s'il est porté atteinte au droit de distribution lorsque l'offre de vente d'un tel original ou de telles copies ne donne pas lieu à l'acquisition de ces derniers.

Dans son arrêt, la Cour rappelle la jurisprudence *Donner*¹³⁴⁰, selon laquelle, la notion de distribution constitue une notion autonome de droit de l'Union, et que les textes du droit de l'Union doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international. C'est pourquoi, la notion de distribution doit être interprétée en conformité

¹³³⁵ J. REINBOTHE : GRUR Int. 2001, 733, 734.

¹³³⁶ GRUR Int. 2008, 593-beck-online, M. v. WELSER, 596-598.

¹³³⁷ V.-L. BÉNABOU, *Propriétés intellectuelles*, Chroniques, droit d'auteur et droits voisins, juillet 2008, n°28, p. 338 et s.

¹³³⁸ T. DREIER, L. SPECHT, Lettre d'Allemagne, *Droit d'auteur, Nouvelles de l'étranger, Propriétés intellectuelles*, juillet 2010, n°56, p.914 et s. (917).

¹³³⁹ Arrêt du 13 mai 2015, ci-après l'affaire *Knoll*, C-516/13.

¹³⁴⁰ Arrêt *Donner*, C-5/11, n° 25.

avec l'art. 6, paragraphe 1 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur¹³⁴¹. Ainsi, la notion de « *distribution au public* [...] par la vente » figurant à l'art. 4, paragraphe 1 de ladite directive a donc la même signification que l'expression « *mise à disposition du public* [...] par la vente », au sens de l'art. 6, paragraphe 1 du traité de l'OMPI¹³⁴². Tenant compte de cette jurisprudence, la Cour de justice a constaté que la notion de distribution au public se caractérise par une série d'opérations, constituées, à tout le moins, de la « conclusion d'un contrat de vente »¹³⁴³, « de l'exécution » du contrat de vente, et de la « livraison » d'un exemplaire d'une œuvre à un public¹³⁴⁴.

Il ressort de cette jurisprudence, et notamment des termes « à tout le moins » employés par la Cour, qu'il n'est pas exclu que des opérations ou des actes *précédant* la conclusion du contrat de vente puissent également relever de la notion de distribution. Au sens civil du terme, cette « offre » constitue, par sa nature même, un acte préalable à la réalisation d'une vente, pouvant donc être considéré comme une distribution.

Bien qu'il soit reproché à *Dimensione* de réaliser une « offre », en ce qu'elle propose à la vente les créations protégées, il semble que la terminologie d'« offre » employée dans le cadre de la procédure allemande ne soit pas à comprendre au sens du droit civil du terme. En effet, proposer des créations protégées par le biais de la publicité n'est pas au sens civil du terme réaliser une offre. Peut-on néanmoins considérer que les actes de *Dimensione* constituent une distribution ?

On a vu avec l'arrêt *Peek&Cloppenburg*, que le droit de distribution nécessite un « transfert de propriété ». *A contrario*, on aurait donc pu penser qu'en l'absence d'un transfert de propriété, il n'y a pas de distribution. Or l'arrêt *Knoll* semble proposer une solution inverse. Il y a atteinte au droit de distribution alors même qu'il n'y a pas transfert de propriété, mais simplement une proposition potentielle de transfert de propriété par le biais d'une publicité. La jurisprudence de la CJUE semble donc contradictoire. Cette jurisprudence est d'autant plus surprenante, qu'à la suite de l'arrêt *Peek&Cloppenburg*, il semblait clair que la location d'une œuvre ne relève pas du droit de distribution. Pourquoi alors considérer que la location ne fait pas l'objet d'une distribution, alors qu'il y a tout de même possession de l'œuvre et considérer qu'une publicité est une distribution, alors qu'il n'y a pas exploitation de l'œuvre ? Ce nouvel arrêt ne va-t-il pas trop loin, lorsqu'il considère qu'une simple publicité, en amont de la distribution effective de l'œuvre constitue une distribution ? Quels sont les contours du droit de distribution ?

3- Arrêt *Art&Allposters*

Dans l'affaire *Art&Allposters*¹³⁴⁵, la Cour de justice, saisie d'une question préjudicielle par le *Hoge Raad der Nederlanden* (Pays-Bas), par décision du 12 juillet 2013, sur l'art. 4 paragraphe 2 de la directive 2001/29/CE, la CJUE a rendu le 22 janvier 2015 un arrêt intéressant faisant référence à l'épuisement du droit de distribution.

¹³⁴¹ Arrêt *Donner*, C-5/11, n° 23.

¹³⁴² Arrêt *Donner*, C-5/11, n° 24.

¹³⁴³ Voir aussi l'arrêt *Blomqvist*, C-98/13, n° 29.

¹³⁴⁴ Arrêt *Donner*, C-5/11, n° 26 et 27.

¹³⁴⁵ Affaire C-419/13.

Faits et procédure

En l'espèce, il s'agissait d'un procédé de rentoilage réalisé à partir d'une affiche. *Allposters* commercialise, sur ses sites *internet* des affiches et d'autres types de reproductions d'œuvres, tels des toiles de peintres célèbres. Pour réaliser ce dernier produit, une image figurant sur une affiche est transférée à l'aide d'un procédé chimique du papier à une toile. Cette toile est ensuite tendue sur un cadre en bois. Après cette opération, l'image de l'œuvre a disparu du support en papier. *Allposters* qualifie ce procédé et son résultat de « transfert sur toile ». *Pictoright*, une société néerlandaise de gestion collective des droits d'auteur s'est opposée à la vente des transferts sur toile. Selon *Pictoright*, les auteurs n'ont pas accordé l'autorisation à *Allposters* de faire ce « transfert sur toile ». La Cour d'appel néerlandaise avait fait droit aux prétentions de la société de gestion collective, en constatant que l'affiche en papier, commercialisée avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi une profonde modification offrant à *Allposters* de nouvelles possibilités d'exploitation, dans la mesure où cette modification lui permet de pratiquer des prix plus élevés et de viser un groupe cible différent. Ainsi, la commercialisation des transferts sur toiles constitue une divulgation au sens de l'arrêt *Poortvliet*¹³⁴⁶, qui en vertu du droit national néerlandais est interdite et elle a rejeté l'argument d'*Allposters* tiré de l'épuisement du droit de distribution. De son côté, *Allposters* considère que le droit de distribution de l'exemplaire, servant de base à la réalisation de l'opération avait été épuisé à partir du moment où « une modification ultérieure éventuelle de cet objet n'aurait aucune conséquence sur l'épuisement du droit de distribution ».

Réponse de la Cour

En mentionnant l'art. 4 § 2 de la directive 2001/29/CE, on peut supposer que l'arrêt apporte des précisions à la définition même du droit de distribution. Néanmoins, ce n'est pas parce qu'elle fait référence à l'épuisement¹³⁴⁷ du droit de distribution que la *CJUE* définit explicitement la notion de distribution prévue à l'art. 4, paragraphe 1 de la directive 2001/29. En effet, la *CJUE* se contente de relever que « tant l'affiche en papier que le transfert sur toile contiennent l'image d'une œuvre artistique protégée et relèvent donc du champ d'application de l'art. 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29, en tant que copies d'une œuvre protégée commercialisées dans l'Union ». L'approche de la *CJUE* est d'autant plus étonnante que la société de gestion collective qualifiait l'acte de « transfert sur toile » *d'adaptation*, une notion non harmonisée par le droit de l'Union. Par conséquent, on constate que « l'intrusion de qualifications échappant pour l'heure à l'harmonisation (comme par exemple, le droit moral, la divulgation, l'adaptation) ne constitue nullement un obstacle dans l'esprit de la Cour, au rattachement de l'acquis[...] »¹³⁴⁸. Cette approche est pour le moins surprenante.

Une fois opéré le rattachement au droit de distribution, la *CJUE* rappelle que l'épuisement n'est réalisé selon l'art. 4 § 2 de la directive *InfoSoc* qu'en cas de « première vente ou *de transfert de propriété* » de l'objet dans l'Union par le titulaire du droit ou avec son consentement. La décision de la Cour s'inscrit ici dans la conception classique déjà développée dans l'arrêt *Peek&Cloppenburg*. L'arrêt rappelle en plus que cette règle est univoque et que toute divergence entre les législations nationales sur cette question serait susceptible d'affecter le bon fonctionnement du marché intérieur¹³⁴⁹. Reste à vérifier si la double condition à laquelle est subordonné l'épuisement de l'œuvre (consentement et introduction

¹³⁴⁶ Arrêt *Hoge Raad der Nederlanden* du 19 janvier 1979 (ci-après l'arrêt *Poortvliet*).

¹³⁴⁷ Cet épuisement au niveau européen avait déjà été consacré de manière certes timide en 1971 dans l'arrêt *Deutsche Grammophon* et plus clairement en 1981 dans la décision *Musik Vertrieb*.

¹³⁴⁸ Blog de V.-L. BENABOU, concernant le « chat » et la souris, sur l'arrêt C-419/13 *Art&Allposters*, du 22 janvier 2015.

¹³⁴⁹ Voir à ce sujet, le considérant 31 de la directive 2001/29 et l'arrêt *Laserdisken*, C-479/04, n° 24 et 56.

sur le territoire de l'Union) est réunie. La question qui se pose ici est celle de savoir si le consentement à commercialiser le support initial implique la possibilité de transformer ce support de telle sorte que l'œuvre se retrouve transférée sur un autre support. En d'autres termes, plus juridiques, il s'agit de déterminer si « l'épuisement du droit de distribution couvre l'objet tangible dans lequel une œuvre ou sa copie est incorporée » et « si la modification du support, telle qu'effectuée par *Allposters*, a une incidence sur l'épuisement du droit exclusif de distribution »¹³⁵⁰.

La réponse de la Cour est limpide puisqu'elle se reporte à l'utilisation par le considérant 28 de la directive 2001/29/CE, de formules telles que « œuvres incorporées à un bien matériel » et « épuise le droit de contrôler la revente de cet objet » dans l'Union, pour signifier que la directive « voulait donner aux auteurs le contrôle de la première mise sur le marché de l'Union de chaque objet tangible qui incorpore leur création intellectuelle¹³⁵¹ ». La *CJUE* considère donc bien qu'il y a eu initialement distribution, mais constate néanmoins une nouvelle reproduction. En effet, la technique de rentoilage aboutit au remplacement du support en papier par une toile, ce qui permet d'augmenter « la durabilité de la reproduction, d'améliorer la qualité de l'image par rapport à l'affiche et de rendre le résultat plus proche de l'original de l'œuvre »¹³⁵².

Il y a donc création d'un nouvel « objet incorporant l'image de l'œuvre protégée, tandis que l'affiche, en tant que telle, cesse d'exister »¹³⁵³. La Cour en déduit au terme d'une formule prudente, qu'« une telle modification de la copie de l'œuvre protégée qui rend le résultat plus proche de l'original est de nature à pouvoir constituer en réalité une nouvelle reproduction de cette œuvre, au sens de l'art. 2, sous a), de la directive 2001/29, qui relève du droit exclusif de l'auteur et nécessite son autorisation »¹³⁵⁴. L'argument invoqué par *Allposters*, considérant qu'il ne peut y avoir reproduction à partir du moment où il n'y a pas de multiplication des copies de l'œuvre protégées n'est pas retenu par la *CJUE*. Ce qui importe, c'est le fait de « savoir si l'objet modifié, apprécié dans son ensemble, est, en soi, matériellement l'objet qui a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit »¹³⁵⁵. En d'autres termes, comme le formule Mme Bénabou, « il faut qu'il y ait identité entre l'objet physique distribué par le titulaire et l'objet physique redistribué pour considérer qu'il s'agit d'un simple acte de distribution »¹³⁵⁶.

Or en l'espèce, la modification opérée est si importante qu'il ne s'agit plus du même objet. Il n'y a plus distribution, mais bien reproduction. Dès lors, « le consentement du titulaire du droit d'auteur ne porte pas sur la distribution d'un objet incorporant son œuvre si cet objet a été modifié après sa première commercialisation de manière à ce qu'il constitue une nouvelle reproduction de cette œuvre ». Dans une telle hypothèse, le droit de distribution d'un tel objet n'est épuisé qu'à la suite de la première vente ou du premier transfert de propriété de ce nouvel objet avec le consentement du titulaire de ce droit¹³⁵⁷, un consentement inexistant en

¹³⁵⁰ Voir n° 33 de l'arrêt.

¹³⁵¹ Voir n° 37.

¹³⁵² n° 37.

¹³⁵³ n° 43.

¹³⁵⁴ n° 43.

¹³⁵⁵ Arrêt *Art & Allposters*, n° 45.

¹³⁵⁶ Blog de Mme Bénabou, consulté le 06/02/2015, Le « chat » et la souris, l'épuisement est limité à la distribution de biens tangibles et le transfert d'une œuvre sur un support nouveau est bien un acte de reproduction.

¹³⁵⁷ n° 46 de l'arrêt.

l'espèce. Ainsi, il y a même reproduction dès lors que l'image transférée ne figure pourtant plus sur l'affiche en papier, et que l'encre reproduisant l'œuvre est la même. La reproduction intervient donc même si les copies en circulation restent en nombre constant. Le droit de reproduction n'implique donc pas une augmentation du nombre d'exemplaires. Ainsi, le transfert de l'œuvre d'un support à un autre ne constitue pas un simple acte de distribution mais bien un acte de reproduction.

Conclusion

Alors que la *CJUE* semblait plus favorable au propriétaire dans l'arrêt *Peek&Cloppenburg* en limitant la distribution au transfert de propriété, il semble que la *CJUE* ait une compréhension plus large de la notion de distribution dans le cadre de l'arrêt *Knoll*, qui favorise les auteurs et les ayants droit. En effet, l'arrêt *Knoll* qualifie même de distribution des actes de publicité en vue d'un transfert potentiel de propriété. Se pose donc la question de savoir si la location et le prêt peuvent être compris comme étant une distribution. Une question qui au vu de l'arrêt *Peek&Cloppenburg*, ne peut être répondue que par la négative.

La réponse de la *CJUE* dans l'arrêt *Peek&Cloppenburg* semble même induire que non seulement les actes d'utilisation et d'exposition du mobilier protégé ne relèvent pas du droit exclusif de distribution, mais encore qu'ils ne seraient même pas couverts par un droit exclusif. Mme Bénabou considère même que si on peut difficilement s'accorder sur le fait que de tels usages ne rentrent pas dans le champ d'application du droit de distribution ou de reproduction (ce qui va bien évidemment à l'encontre de la théorie du droit de destination), il faut au moins considérer que dès lors que les usages impliquent un public, ils relèvent du droit de communication au public¹³⁵⁸. En droit français d'ailleurs, l'exposition d'une œuvre au public dans la vitrine d'un magasin relève du droit de représentation, alors que le droit allemand considère que l'exposition d'une œuvre dans une vitrine à des fins décoratives relève d'un droit d'exploitation sous forme corporelle¹³⁵⁹ !

Malgré la différence de qualification juridique les deux droits allemand et français, s'accordent sur le fait que l'exposition d'une œuvre en vitrine ne constitue pas un simple acte d'usage de la propriété matérielle de la chose. La mise en valeur du fauteuil de *Le Corbusier* dans la vitrine du magasin n'est pas réalisée à des fins personnelles mais à des fins publicitaires. On comprend donc mal pourquoi le droit d'auteur aurait vocation à couvrir l'exploitation de l'image d'une œuvre dans un spot ou dans des dépliant publicitaires, comme c'est par exemple le cas dans l'arrêt *Knoll*, mais non l'exposition d'une œuvre dans la vitrine d'un magasin. A partir du moment, où la notion de communication au public vis-à-vis d'un public présent n'est pas harmonisée par la directive 2001/29/CE, cette même directive ne prévoit pas non plus d'exception en faveur d'un tel usage des œuvres. On peut donc dire que la décision *Peek&Cloppenburg* ne se situe pas dans le droit d'auteur français, où on cherche à maîtriser tout usage. Le droit de destination à la française s'accorde donc mal avec la jurisprudence européenne.

¹³⁵⁸ On reviendra en deuxième partie de thèse sur cette approche fonctionnelle.

¹³⁵⁹ Voir à ce sujet, l'article 18 UrhG : « *Das Ausstellungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke eines unveröffentlichten Werkes der bildenden Künste oder eines unveröffentlichten Lichtbildwerkes öffentlich zur Schau zu stellen* ».

B- Réception difficile du droit d'auteur européen au niveau national

1- Réception en France : l'avenir du droit de destination ?

Alors qu'en France, le monopole de l'auteur ou du titulaire des droits s'est longtemps composé des deux seuls droits de reproduction et de représentation, il est « possible de remarquer une *multiplication* des prérogatives »¹³⁶⁰. Ainsi, il semble que le titulaire des droits se voie reconnaître « un pouvoir sur le support de commercialisation de l'œuvre, qui se concrétise par la reconnaissance d'un droit de distribution ou par l'émergence d'un droit d'accès »¹³⁶¹. Alors que la démarche synthétique française qui fonde la théorie du droit de destination présente un certain nombre d'avantages, il faut bien constater que cette théorie se situe à contre-courant du droit de l'Union. On est face à un dilemme et il faut décider que choisir. Souhaite-t-on harmoniser les droits d'exploitation sur le plan européen ou la France souhaite-t-elle maintenir son particularisme au risque de s'isoler ? Quel bénéfice la France tire-t-elle à maintenir son individualité ? Avant de souligner l'incompatibilité de la théorie du droit de destination avec le droit de distribution reconnu par la directive et par quasiment tous les autres Etats membres, il faut néanmoins rappeler les avantages de la conception française.

a- Avantages du droit de destination français

La conception synthétique des droits, séduisante par sa souplesse et sa flexibilité fait la fierté des juristes français, à juste titre ! En effet, si on admet la nécessité de défendre l'auteur contre les exploitations secondaires de son œuvre, il est « plus satisfaisant pour l'esprit d'édifier une construction d'ensemble permettant de précéder l'événement plutôt que de solliciter l'intervention du législateur chaque fois que se profile une nouvelle menace »¹³⁶². En plus, le droit de destination permet à l'auteur de véritablement contrôler l'utilisation qui est faite de son œuvre. Par là même, cette conception fait prévaloir les intérêts de l'auteur sur ceux de l'exploitant. Ceci est conforme à la tradition du droit français très attaché à protéger l'auteur, plutôt que de rechercher un équilibre des différents intérêts comme c'est le cas en Allemagne.

Néanmoins, le droit de destination, qui est avant tout jurisprudentiel, doit faire face à l'émergence du droit de distribution¹³⁶³. On va voir que le droit de distribution, explicitement mentionné par les directives européennes, est le résultat d'une toute autre logique, d'une approche plus économique du droit d'auteur. En effet, le droit de distribution a une portée plus restreinte que le droit de destination puisqu'il s'intéresse « exclusivement aux conditions de commercialisation du support, et non pas aux usages qui peuvent être faits du support, une fois qu'il a été acquis »¹³⁶⁴.

¹³⁶⁰ Ch. CARON, Rn. 325.

¹³⁶¹ Ch. CARON, Rn. 325.

¹³⁶² TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 268.

¹³⁶³ J. PASSA, *Droit de destination et droit de distribution* : LPA 2007, n°244, p. 32.

¹³⁶⁴ Ch. CARON, Rn. 326.

b- Compatibilité du droit de destination avec le droit de distribution européen ?

Traduisant une approche différente du droit d'auteur, on verra que la compatibilité entre le droit de destination et le droit de distribution n'est pas des plus évidentes (bb). Pourtant selon les différentes directives européennes, le droit de distribution constitue bien un droit exclusif. Bien sûr, la formulation des directives est le résultat d'un compromis entre 27 pays membres. Il est donc clair, qu'une harmonisation à l'échelle européenne peut difficilement tenir compte des particularismes nationaux. Toujours est-il que la directive doit être transposée par les pays membres. Il y a alors deux possibilités. Soit la loi nationale existante poursuit le même but que la directive, et dans ce cas, aucune loi nouvelle de transposition n'est nécessaire. Ou alors, une loi de transposition est nécessaire. Même timide, la méthode de transposition doit au moins faire preuve de cohérence au risque de remettre en cause la sécurité juridique et d'accentuer la confusion entre les dispositions. C'est pourquoi, il faut d'abord rechercher si la méthode de transposition concernant le droit de distribution est cohérente (aa).

aa- Critique de la méthode de transposition du droit européen en France

Pour le droit d'auteur français, la méthode de transposition du droit européen prend parfois des allures paradoxales. La France dispose bien d'un droit de distribution pour les logiciels, mais non pas pour les autres œuvres. Comment expliquer cette différence ? En outre, le code de la propriété intellectuelle reconnaît bien l'épuisement d'un droit de distribution, mais ne donne pas de définition de ce droit. La méthode de transposition est donc source d'ambiguïtés.

Influence du droit européen, transposition aux logiciels

Dans la rédaction que lui a donnée la loi du 10 mai 1994 transposant la directive du 14 mai 1991, l'art. L.122-6 *CPI* dispose que « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser [...] 3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé », en précisant que ce droit est épuisé par « la première vente d'un exemplaire », par l'auteur ou avec son consentement (« sous réserve du droit d'autoriser la location ultérieure »), terminologie et raisonnement qui s'inscrivent dans une toute autre logique que celle du droit de destination¹³⁶⁵.

Influence du droit européen, transposition aux autres œuvres

En droit français, l'art. 4 de la directive *InfoSoc* a timidement été transposé par la loi du 1^{er} août 2006¹³⁶⁶. L'art. 4 reconnaît dans un même souffle, et l'existence d'une prérogative – le droit de distribution – et les limites à apporter à cette prérogative, c'est-à-dire la théorie de l'épuisement de ce droit¹³⁶⁷. Les avis étaient contrastés sur le point de savoir, s'il fallait oui ou non transposer cette disposition.

¹³⁶⁵ Celui-ci ne peut donc être invoqué pour fonder l'opposabilité aux tiers des clauses contractuelles limitant le droit d'usage de l'utilisateur du logiciel.

¹³⁶⁶ A. LUCAS, *Le droit de distribution et son épuisement* : CCE 2006, étude 25.

¹³⁶⁷ P. SIRINELLI, *Etat des lieux - La situation en France*, in : *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Springer 2007, p. 44.

A l'encontre d'une transposition, on peut faire valoir que la théorie du droit de destination, en tant que démembrement du droit de reproduction comprend également le droit de distribution. On peut donc considérer que le droit de distribution est déjà de droit positif en France. A partir du moment où la solution de l'épuisement du droit de distribution concerne l'Union européenne, une telle solution s'impose au juge français¹³⁶⁸. On peut d'ailleurs noter qu'une même approche a été adoptée par la France lors de la transposition de la directive relative à la location et au prêt. Suivant une même argumentation, les autorités françaises considéraient qu'en vertu de la théorie du droit de destination, la location et le prêt étaient tous deux déjà de droit positif.

Ceux qui sont en faveur d'une transposition admettent cependant qu'un risque de confusion est possible entre le droit de distribution et le droit de destination. En effet, on peut craindre que puisque le droit de distribution s'épuise par le premier usage, l'ensemble du droit de destination, n'en vienne à s'épuiser. Une clarification serait donc souhaitable en vue d'une plus grande sécurité juridique.

Cette clarification est d'autant plus nécessaire que *l'épuisement* d'un droit de distribution est prévu à l'art. L.122-3-1 du Code de la propriété intellectuelle alors même qu'aucun droit de distribution n'est à ce jour formellement reconnu et défini dans le Code de la propriété intellectuelle ! L'absence d'une transposition explicite du droit de distribution s'explique partiellement par l'idée de ne pas « gêner » le droit de destination. Pour autant, la disposition elliptique de l'art. L.122-3-1 *CPI* ne met pas davantage à l'abri du grief de transposition incorrecte.

Conclusion

D'un côté, il est tout de même étonnant de soutenir qu'un droit s'épuise alors même qu'on n'en mentionne pas l'existence¹³⁶⁹. On comprend donc bien que les auteurs soutenant qu'il est difficile de comprendre pourquoi une prérogative aussi essentielle que le droit de distribution, reste en France le résultat d'une construction doctrinale controversée. D'un autre côté, il semble avoir été important pour le ministère de conserver l'art législatif français consistant à adopter une méthode synthétique et non pas analytique, avec deux grandes prérogatives – le droit de reproduction et le droit de représentation. La création d'un troisième droit apporterait une « brèche dans cette approche totalement synthétique »¹³⁷⁰, et il serait alors même possible d'envisager l'existence d'un droit de location, d'un droit de prêt etc. Selon M. Sirinelli, c'est « sans doute, par un souci tout à fait louable de préserver la technique législative française, sa plasticité et donc la liberté du juge en aval, que cette solution a été adoptée »¹³⁷¹.

Malgré tout, on peut tout de même se demander, si le maintien même du droit de destination est compatible avec la directive.

¹³⁶⁸ P. SIRINELLI, *Etat des lieux - La situation en France*, in : Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, Springer 2007, p. 44.

¹³⁶⁹ P. SIRINELLI, *ibid.*, p. 45-46.

¹³⁷⁰ P. SIRINELLI, *Etat des lieux - La situation en France*, in : Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, Springer 2007, p. 46.

¹³⁷¹ P. SIRINELLI, *ibid.*

bb- Incompatibilité du droit de destination avec les directives européennes.

Incompatibilité avec la règle de l'épuisement

Le droit de destination et le droit de distribution reflètent une compréhension différente du droit d'auteur.

D'un côté, le droit de destination « est sans aucun doute, dans l'arsenal des droits dont dispose l'auteur, celui qui serait susceptible de fonder un large pouvoir de contrôle de l'utilisation de l'œuvre »¹³⁷². Alors qu'on admet généralement que le monopole du droit d'auteur ne s'étend pas aux simples actes d'utilisation finale, de réception ou de consultation des œuvres, on peut dire que le droit de destination constitue une emprise sur l'utilisation de l'œuvre¹³⁷³.

On comprend bien que par nature, le droit de destination n'ait pas vocation à s'épuiser, ou à s'éteindre. La règle de l'épuisement est donc difficile, pour ne pas dire impossible, à concilier avec le droit de destination¹³⁷⁴. D'un autre côté, le droit de distribution, lui, a une portée plus restreinte que le droit de destination¹³⁷⁵.

En droit français, on aurait pu prévoir un épuisement limité à l'aspect de distribution affiché par la directive, en laissant subsister parallèlement le droit de destination. Tel n'a pas été le cas. En fait, le droit de destination est incompatible avec le droit communautaire de sorte qu'il apparaît bien difficile de construire des solutions de compromis¹³⁷⁶. Souvent, le débat pour ou contre un droit de destination est très émotionnel. Certains soutiennent que seul le droit de destination permet de défendre les auteurs face aux exploitants. Pourtant, même s'il y a en effet, une recherche plus accentuée d'une balance des intérêts en présence, le droit de distribution tient tout aussi compte des intérêts de l'auteur.

De plus, de par la conception synthétique du droit de reproduction en France et en raison de la théorie du droit de destination, la notion et le régime du droit de location et du prêt ne sont pas explicitement définis dans le Code de la propriété intellectuelle, ce qui entraîne une certaine insécurité juridique.

Besoin de sécurité juridique concernant le droit de location et le prêt

Contrairement au droit allemand qui prévoit explicitement un droit de location comme élément du droit de distribution à l'art. 17 II UrhG, le droit d'auteur français ne prévoit ni un droit de location explicite dans son texte de loi ni un droit de prêt. En fait, c'est en vertu de la conception synthétique du droit de reproduction et du droit de destination que l'auteur est fondé à autoriser ou à interdire la location et le prêt des exemplaires de son œuvre¹³⁷⁷. Cette approche est étonnante à partir du moment où le droit de location et le droit de prêt ont expressément été consacrés par une directive européenne n°92/100 du 19 novembre 1992, remplacée par la directive n°2006/115 du 12 décembre 2006. En effet, l'art. 1^{er} de la directive

¹³⁷² S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, p. 337, n° 426.

¹³⁷³ Voir aussi G. GOMIS, *Réflexions sur l'impact des mesures techniques de protection des œuvres*, Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, octobre 2003, p. 9 ; et A. LATREILLE, *La protection des dispositifs techniques. Entre suspicion et sacralisation*, Propriétés intellectuelles, janvier 2002, p. 48.

¹³⁷⁴ A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique*, Bruylant, 2001, n°241.

¹³⁷⁵ Sur la relation entre ces deux prérogatives : J. PASSA, *Droit de destination et droit de distribution*, LPA 2007, n°244, p. 32.

¹³⁷⁶ M. VIVANT/J.-M. BRUGUIERE, Rn 534.

¹³⁷⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur* : LGDJ, 1989, n°152.

n°2006/115 donne aux auteurs, ainsi qu'aux interprètes et aux producteurs « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt ».

On peut cependant souligner qu'un droit de location a néanmoins été explicitement reconnu en droit français pour les œuvres spécifiques que sont les programmes d'ordinateurs, tout comme un droit de prêt pour les bibliothèques. En effet, le droit de location du logiciel est déjà prévu par l'art. 4c) de la directive sur les logiciels n°2009/24 du 23 avril 2009, et a été transposé à l'art. L.122-6, 3ème du *CPI*. Cependant, s'agissant du droit de location des supports d'œuvres autres que les logiciels, le législateur français n'a pas jugé bon de le transposer sous la forme d'une prérogative spéciale.

Pourquoi donc ne pas reconnaître un droit de location et de prêt en « droit commun » ? En effet, le prêt et la location constituent des formes d'exploitation de l'œuvre, cependant ni l'un ni l'autre n'a été rémunéré par la vente du support¹³⁷⁸. En France, l'idée qui consiste à permettre à l'auteur d'avoir un contrôle s'exprime bien à travers l'utilisation de la terminologie de destination, ou d'un contrôle sur une destination. A partir du moment où la location et le prêt s'appliquent seulement à la mise à disposition d'objets corporels, c'est-à-dire aux supports matériels d'œuvres – originaux ou exemplaires –, la location et le prêt ne concernent pas les transmissions ou mises à disposition immatérielles. Bien que le droit de location n'ait pas expressément été consacré par le législateur français, il voit son régime précisé par le juge. Ainsi M. Vivant souligne que le droit commun et la directive européenne location-prêt n'envisagent pas la notion de location de la même manière. Dans la directive, en effet, la location est envisagée sous un angle économique puisque l'acte est défini comme « une mise à disposition pour l'usage, pour un temps limité et pour un avantage économique et commercial direct ou indirect ».

Licence légale en matière de prêt public de livre

Le droit de prêt est une prérogative qui permet à son titulaire d'autoriser (et donc d'interdire), moyennant une redevance, le prêt de l'exemplaire de son œuvre¹³⁷⁹. Son caractère onéreux jure *a priori* avec l'aspect essentiellement gratuit du contrat de prêt, précisé dans l'art. 1876 du Code civil. Le droit de prêt a été consacré par la directive communautaire du 19 novembre 1992, aujourd'hui abrogée et remplacée par la directive du 12 décembre 2006, qui impose aux Etats membres de reconnaître un tel droit de prêt et qui, tout comme le droit de location, n'est pas concerné par l'épuisement des droits. Pendant plus de dix ans, la France refusa de transposer la directive au prétexte que le droit de prêt était déjà compris dans le droit de destination. Il est vrai que ce droit de prêt a suscité bien des polémiques¹³⁸⁰. C'est pourquoi, une loi du 18 juin 2003 « relative à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs » a transposé cette directive en créant les art.s L.133-1 et suivants du *CPI*.

¹³⁷⁸ CJCE, 6 juillet 2006, « Commission c/ Portugal », aff. C-53/05, Recueil I, p. 6215.

¹³⁷⁹ S. von LEWINSKI, *Public lending right : a general and comparative survey of the existing systems in law and practice* : RIDA 1992, n°154, p. 3.

¹³⁸⁰ Sur ce droit, C. ALLEAUME, *Le prêt des œuvres de l'esprit*, thèse Caen, 1997 ; *Le droit de prêt public (en France et au-delà)* : PI. 2004, n°12, p. 718. –R. MARIE, *Une œuvre inachevée : le droit de prêt en bibliothèque* : Légipresse 2003, n°206, II, p. 135. – E. PIERRAT, *Droit de prêt : un état des lieux juridique en prélude à une intervention politique* : Légipresse 2000, n°173, II, p. 77. –F.-M. PIRIOU, *Les réalités du droit de prêt du livre dans le monde* : CCE 2009, étude 1.-F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de prêt, une revendication légitime des auteurs*, JCP 2000, p. 891.

Se pose la question de savoir, si la location et le prêt peuvent véritablement être considérés comme des « droits exclusifs ». Ne faut-il pas considérer qu'il ne s'agit là que de droits à rémunération ? A ce sujet, on peut souligner que l'art. 5 de la directive impose le maintien d'un droit à rémunération équitable, droit qui peut être confié à une société de gestion collective. En d'autres termes, même si l'auteur ou l'artiste interprète a cédé son droit de location, il conserve toujours un droit à rémunération équitable pour la location et c'est un droit auquel il ne peut pas renoncer¹³⁸¹.

Une approche synthétique des droits en France présente aussi des avantages. A partir du moment où le droit de location et le droit de prêt ne sont pas définis dans la loi française, la réception de la jurisprudence européenne ne pose pas de problème particulier. Rester flou évite les contradictions avec la jurisprudence de la CJUE. Malgré tout, dans un souci de sécurité juridique, il serait *de lege ferenda* préférable de posséder une disposition définissant de manière explicite à la fois la notion et le régime du droit de location en France. Cette mesure ne contraindrait pas forcément à rompre avec la conception synthétique française¹³⁸².

2-Réception du droit d'auteur européen en Allemagne

Introduction

Contrairement à la France, l'Allemagne a transposé la directive européenne sur la location et le prêt en consacrant un droit exclusif de location. La particularité de cette transposition est due au fait que le droit d'auteur allemand considère le droit de location comme un élément du droit de distribution, ce qui ne facilite pas la réception de la jurisprudence de la Cour de justice européenne en Allemagne. Le prêt au contraire, ne constitue pas à proprement parler un droit exclusif, mais donne droit, tout comme la location lorsque certaines conditions sont remplies à une rémunération équitable¹³⁸³ en faveur de l'auteur ou du titulaire des droits¹³⁸⁴.

a- Conséquences du régime du droit de location et du prêt en droit d'auteur allemand pour la réception de la jurisprudence de la CJUE.

aa- Définition légale et régime du droit de location et du prêt en Allemagne

C'est dans le but de transposer la directive prêt-location que le législateur allemand a introduit en 1995¹³⁸⁵ un droit exclusif de location à l'art. 17 de la loi sur le droit d'auteur et sur les droits voisins. Ce droit de location est également reconnu aux titulaires de droits voisins¹³⁸⁶ à l'exception des entreprises de télédiffusion bénéficiant de droits sur leurs émissions protégées¹³⁸⁷.

¹³⁸¹ A rapprocher ici, pour la compensation équitable en matière de copie privée de: CJUE, 9 février 2012, « Luksan c. P. van der Let », aff. C.277/10 (n° 100 et s.).

¹³⁸² *Approches du point de vue du droit français*: M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, p. 425 à 429 ; Ch. CARON, p. 301 à 304. F. POLLAUD-DULIAN, p. 731 à 736. P.-Y. GAUTIER, p. 260 à 274.

¹³⁸³ Traduction de « *angemessene Vergütung* ».

¹³⁸⁴ Voir à ce sujet l'article 27 UrhG « *Vergütung für Vermietung und Verleihen* ».

¹³⁸⁵ Troisième loi modifiant la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 23.6.1995.

¹³⁸⁶ Voir à ce sujet les articles 70, 71, 72 UrhG, qui faisant implicitement référence à l'article 17 UrhG.

¹³⁸⁷ Voir à ce sujet la section 5 de la loi sur le droit d'auteur allemand concernant la protection des entreprises de télédiffusion « *Fünfter Abschnitt. Schutz des Sendeunternehmens* », article 87(1) p. 2

Quelques temps auparavant, les auteurs des logiciels bénéficiaient également d'un droit de location explicite suite à la transposition en 1993 de la directive relative à la protection des programmes ¹³⁸⁸. Concernant les dispositions spécifiques relatives aux logiciels, le rapprochement des législations française et allemande est donc effectif, puisque la France a reconnu en 1994 un droit de location explicite à l'art. L.122-6 3° *CPI*, en faveur des titulaires de droits sur des logiciels protégés. On peut d'ailleurs constater que la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur considère la location comme un élément du droit de distribution.

Pourquoi alors s'étonner que l'Allemagne, tout comme l'Espagne d'ailleurs, considère que la location des œuvres soumise au droit d'auteur (autres que les logiciels) est une forme de distribution ? Elle constitue bien un transfert de possession temporaire de l'œuvre et peut donc être qualifiée de distribution au sens du droit d'auteur allemand. Néanmoins, le droit de location bénéficie d'un statut particulier, puisque l'art. 17 II *UrhG* dispose expressément que le droit de location ne s'épuise pas. Le statut particulier reconnu au droit de location s'explique par la justification de la théorie de l'épuisement. Ce dernier permet de trouver un équilibre entre d'un côté, les intérêts de l'auteur, en permettant à ce dernier d'obtenir une rémunération équitable et de l'autre côté, la libre circulation des services et des marchandises. Il faut néanmoins souligner que l'étendue de la rémunération unique en faveur de l'auteur au titre de l'épuisement des droits, ne couvre que la jouissance *privée* de l'œuvre et non pas la jouissance de l'œuvre par un *public* ¹³⁸⁹. C'est ce qui explique l'absence d'épuisement du droit de location portant sur des exemplaires d'œuvres alors même que ces derniers ont été mis en circulation. Le droit de location subsiste donc en tant que « droit absolu » ¹³⁹⁰, alors même qu'il est englobé par le droit de distribution. Par le passé, la loi allemande ne concevait pas la location comme un droit exclusif à part entière. L'exemplaire d'une œuvre pouvait librement être distribué et donc aussi loué. Peu importait alors qu'une inscription sur les couvertures des disques vinyles mentionnait l'interdiction de les louer à un public ¹³⁹¹. Aujourd'hui, une telle interdiction de location serait effective. Que s'agit-il d'interdire ? Comment définir une telle location ?

Ici, la terminologie de « location » n'est pas à comprendre au sens de l'art. 535 II *BGB* du droit civil. C'est pourquoi la loi allemande prévoit une définition légale de la location, spécifique au droit d'auteur ¹³⁹², en stipulant à l'art. 17 (3) *UrhG* que la location est « une cession d'utilisation [d'une œuvre] limitée dans le temps, dans *un but lucratif* à l'usage directe ou indirecte » ¹³⁹³. On parle donc de location dès lors que la « cession d'usage » ¹³⁹⁴ d'une œuvre sert, ne serait-ce que de manière indirecte, un but lucratif. On le comprend bien: la terminologie de location s'interprète au sens large !

UrhG. : « *Das Sendeunternehmen hat das ausschließliche Recht, seine Funksendung auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen, Lichtbilder von seiner Funksendung herzustellen sowie die Bild- oder Tonträger oder Lichtbilder zu vervielfältigen und zu verbreiten, ausgenommen das Vermietrecht.* »

¹³⁸⁸ Directive 91/250/ CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

¹³⁸⁹ M. REHBINDER, *Urheberrecht*, 16^e éd. München 2010, C.H. Beck, p. 127, Rn. 330.

¹³⁹⁰ M. REHBINDER, *ibid.*, p. 127.

¹³⁹¹ *BGH* : GRUR 1986, 736, 737– *Schallplattenvermietung*.

¹³⁹² Cette disposition vaut pour l'ensemble du droit d'auteur, c'est-à-dire également pour les dispositions relatives aux droits voisins, aux programmes d'ordinateur, tout comme à la disposition spécifique prévue à l'article 27 *UrhG*.

¹³⁹³ Traduction libre de § 17(3) *UrhG* « *Vermietung im Sinne der Vorschriften dieses Gesetzes ist die zeitlich begrenzte, unmittelbar oder mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung.* »

¹³⁹⁴ Traduction de l'allemand : « *Gebrauchsüberlassung.* »

Ainsi, la cession de cassettes vidéo ou de *CDs* aux seuls membres d'un club en contrepartie d'une cotisation constitue une location¹³⁹⁵ au sens du droit d'auteur. La location englobe par exemple aussi un « *achat avec une garantie de rachat* »¹³⁹⁶. De plus, l'emploi de la terminologie « *cession d'utilisation* » indique que la location s'applique traditionnellement à des objets corporels intégrant une œuvre, comme par exemple un *CD-ROM* contenant un film. Qu'en est-il lorsque le film d'un *CD-ROM* est transmis de manière électronique à plusieurs utilisateurs ? S'agit-il d'une location ? L'opinion majoritaire considère qu'il s'agit ici d'une communication au public, ou plus précisément, d'une mise à disposition, au sens de l'art. 19a UrhG. On verra qu'il n'est pas toujours simple de distinguer une exploitation sous forme corporelle d'une exploitation sous forme incorporelle. D'interprétation large rendant sa mise en œuvre complexe, la définition légale de la location comporte néanmoins deux restrictions assez claires. Premièrement, le droit de location au sens du droit d'auteur ne s'applique pas aux œuvres d'architectures, ni aux œuvres d'art appliqué. Deuxièmement, il ne s'applique pas non plus aux originaux ou aux exemplaires d'œuvres réalisées dans le cadre d'un contrat de travail, ou dans le cadre de relations de travail.

Parallèlement à la concession d'un droit exclusif en contrepartie d'une compensation financière, la location d'une œuvre peut, dans certaines conditions donner lieu à un droit à rémunération d'origine légale¹³⁹⁷. S'agit-il d'une double rémunération, pour un même acte d'utilisation ? Non, car ces deux modes de paiement sont dus par des personnes différentes. Prenons l'exemple un peu ancien de la location de supports vidéo et audio par des vidéothèques, générant par ce biais un certain chiffre d'affaire. Considérons de manière théorique que les personnes louant des supports vidéo ne constituent pas les acheteurs potentiels des supports vidéo en question. Dans ce cas alors, il faut constater que l'auteur ne reçoit pas une rémunération équitable¹³⁹⁸, puisque sa rémunération initiale au titre du droit de distribution ne tient pas compte de l'augmentation du cercle de personnes utilisant un seul et même exemplaire d'une œuvre. C'est donc pour « pallier » ce manque à gagner que l'art. 27 I UrhG prévoit dans l'intérêt de l'auteur, une action en revendication d'une rémunération à l'encontre du loueur de supports audio ou vidéo, alors même que l'auteur a déjà concédé son droit de location au producteur de phonogrammes et de vidéogramme. Pour des questions pratiques, la loi prévoit même explicitement, que cette rémunération doit faire l'objet d'une gestion collective. A partir du moment où l'auteur ne semble pas pouvoir renoncer à une telle rémunération¹³⁹⁹, une partie de la doctrine allemande considère qu'il s'agit ici d'une atteinte à la liberté contractuelle¹⁴⁰⁰ de l'auteur. On peut dire que cette disposition est pour le moins paradoxale : alors que cette rémunération a été prévue en vue justement de protéger l'auteur contre le pouvoir de négociation des producteurs, cette disposition restreint l'auteur dans sa liberté d'action et fait oublier que le droit de location a avant tout été conçu comme un droit exclusif, dont l'auteur a le contrôle. Que choisir ? La liberté ou la sécurité ? La situation économique actuelle semble plutôt faire pencher pour la sécurité.

L'art. 27 al.2 UrhG prévoit également une rémunération équitable en faveur des auteurs, dès lors que des œuvres protégées sont prêtées. Tout comme la location, le prêt constitue un

¹³⁹⁵ RegE BTDr 13/115, p. 12.

¹³⁹⁶ Voir à ce sujet : BGH : GRUR 1986, 736- *Schallplattenvermietung* ; BGH : GRUR 1989, 417, 418-*Kauf mit Rückgaberecht*, voir aussi, achat à l'essai, BGH : GRUR 2001, 1036, 1037- *Kauf auf Probe*.

¹³⁹⁷ Traduction par la CJUE de la terminologie de « *gesetzlicher Vergütungsanspruch* .»

¹³⁹⁸ H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 6^e éd. Tübingen 2013, Mohr Siebeck, p. 208.

¹³⁹⁹ L'article 27 (1) phrase 2 UrhG : « *Auf den Vergütungsanspruch kann nicht verzichtet werden* ».

¹⁴⁰⁰ M. REHBINDER, *Urheberrecht*, 16^e éd. München 2010, C.H. Beck, n° 332.

acte de distribution au sens du droit d’auteur allemand¹⁴⁰¹. Contrairement au droit de location néanmoins, le droit de prêt, suivant le droit de distribution, s’épuise¹⁴⁰². Il n’existe donc pas explicitement de droit exclusif de prêt autonome en Allemagne, mais bien un simple droit exclusif d’interdiction qui s’épuise après la première mise en circulation de l’œuvre. Une fois épuisé, on comprend que le prêt donne droit à une rémunération, dans certaines conditions, en faveur de tous les auteurs ou titulaires originaires des droits sur les œuvres. Se pose la question, de savoir ce qui distingue le prêt de la location. En fait le prêt est défini par la loi allemande à l’art. 27, al.2, phrase 2 en ce qu’il constitue un transfert d’utilisation d’une œuvre, limité dans le temps, ne poursuivant aucun but lucratif, qu’il soit direct ou indirect. Il ne s’agit donc pas du prêt tel qu’on le comprend au sens de l’art. 598 BGB. En fait, ce « droit de prêt » a principalement été inséré dans la loi, en faveur du prêt des œuvres dans le cadre des bibliothèques, médiathèques ou tout autre établissement public. Même une bibliothèque qui ne permet que des consultations sur place, doit payer une rémunération au titre du prêt au sens de l’art. 27 de la loi sur le droit d’auteur.

bb- Conséquences pour la réception de la jurisprudence européenne.

On verra que le droit allemand s’accorde mal avec la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne, à partir du moment où le droit allemand connaît une acception assez large de la notion de distribution, contrairement à la jurisprudence de la *CJUE* interprétant de manière restreinte le droit de distribution limité au transfert de propriété.

C’est pourquoi la solution de l’arrêt *Peek&Cloppenburg* a suscité une certaine émotion en Allemagne, à partir du moment où l’art. 17 de la loi allemande sur le droit d’auteur impose une acception plus large du droit de distribution et donc plus protectrice des intérêts de l’auteur que l’interprétation proposée par la *CJUE*. Selon une jurisprudence constante du *BGH*, le droit de distribution ne se limite pas au transfert de propriété, mais s’étend au transfert de possession¹⁴⁰³. Comme le rappelle M. Welsler, un transfert de propriété n’est pas une condition liée à une « mise en circulation ». C’est pourquoi l’ameublement de chambres d’hôtel, d’espaces d’accueil ou de réception avec des copies de meubles protégés peuvent être considérés comme une « mise en circulation » au sens du droit d’auteur¹⁴⁰⁴ en Allemagne. De même, la simple location pouvant être comprise comme une cession d’usage temporaire est bien un élément du droit de distribution¹⁴⁰⁵. La possibilité de démembrer le droit de

¹⁴⁰¹ *BGH*, 6 mars 1986 : GRUR 1986, 736.

¹⁴⁰² M. REHBINDER, *Urheberrecht*, 15^e éd. München 2008, C.H. Beck, Rn. 333.

¹⁴⁰³ *BGH*, 15 févr. 2007 : GRUR 2007, 871, cité par S. von LEWINSKI, *Chronique d’Allemagne*, préc. note 246, p. 231, décidant, par application de l’article 17 de la loi sur le droit d’auteur, que le simple fait d’offrir à la vente dans la presse allemande et sur un site *internet* en langue allemande des objets protégés par le droit d’auteur (lampes de bureau) constitue une violation de droit de distribution, même si la vente effective est réalisée en Italie où les objets ne sont pas protégés. voir aussi *BGH* : GRUR 2007, 50, 51, Rn.14- *Le Corbusier-Möbel*.

¹⁴⁰⁴ Voir à ce sujet KG : GRUR 1996, 968 – *Möbel-Nachbildungen* ; OLG Köln : GRUR-RR 2007, 1– *Nachbildungen von Le-Corbusier-Möbeln*. Voir aussi des arrêts du *BGH* : GRUR Int. 2007, 74, 75 Tz. 15- *Le Corbusier-Möbel*. Voir aussi, E. ULLMANN, *Das Europäische Urheberrecht in der deutschen Rechtsprechung*, in : K. Riesenhuber (Hrsg.), *Systembildung im Europäischen Urheberrecht*, 2007, p. 301, 312 ff.

¹⁴⁰⁵ *BGH* : GRUR 1986, 736, 737- *Schallplattenvermietung*.

distribution sur le plan contractuel en Allemagne permet de comprendre que le droit de location est justement conçu comme un élément de ce droit de distribution.

La grande majorité de la doctrine allemande considère que l'art. 6 du traité *OMPI* sur le droit d'auteur est une protection minimale accordée à l'auteur et non pas une protection maximale. C'est pourquoi les législations des Etats membres de l'Union peuvent aller au-delà de cette protection minimale et accorder une protection plus grande à l'auteur, c'est-à-dire une étendue plus large des droits au niveau national¹⁴⁰⁶.

C'est ce que confirme aussi l'histoire de la directive *InfoSoc*. Bien sûr, le traité de l'*OMPI* sur les droits d'auteur (*WCT*), tout comme le traité sur les droits voisins a aussi bien été signé par l'Allemagne que par l'Union européenne, en 1996. Il faut cependant remarquer qu'en 2008, l'Allemagne n'avait pas encore ratifié le traité de l'*OMPI* sur le droit d'auteur¹⁴⁰⁷, ni même les autres pays de l'Union européenne. Notamment, la directive *InfoSoc* signée en 2001 peut aller au-delà de ce qui est prévu par le traité de l'*OMPI*¹⁴⁰⁸. D'ailleurs, aucune disposition expresse au sein de la directive *InfoSoc* n'empêche le législateur allemand de dépasser le socle de la protection minimale accordée par les textes internationaux.

Par conséquent, de nombreux auteurs allemands doutent du bien fondé de l'argumentation de la *CJUE*. Dans son arrêt *Peek&Cloppenburg*, la *CJUE* reste très évasive, puisqu'elle ne formule aucune remarque propre qui serait liée à la définition de la notion de « distribution ». De plus, la *CJUE* ne pose même pas la question de savoir s'il y a distribution d'une œuvre par le biais d'un transfert de *possession*, alors même qu'une telle conception du droit de distribution est envisagée non seulement par le droit allemand mais aussi par le droit espagnol¹⁴⁰⁹. On peut donc critiquer le manque de précision de la *CJUE* quant à la distinction très marquée qu'elle opère entre le droit de distribution d'un côté et le droit de location de l'autre. A partir du moment où la formulation de l'art. 4 est très large, une telle interprétation restrictive de la part de la *CJUE* est inattendue.

Néanmoins, il faut souligner que le *BGH* a partiellement repris l'argumentation de la *CJUE*, ce qui conduit certains auteurs à déclarer que le *BGH* a fait la même faute que la *CJUE*¹⁴¹⁰. En effet, le *BGH* a, sur renvoi, débouté le fabricant des originaux en considérant que l'exposition ou l'usage par les clients du mobilier protégé ne constitue pas une distribution¹⁴¹¹. En cela, le *BGH* a interprété l'arrêt de la *CJUE* comme stipulant une harmonisation par la directive, non seulement *a minima* mais aussi *a maxima*¹⁴¹². Il en résulte donc que le droit d'auteur allemand ne peut prévoir de protection plus élevée. On peut d'ailleurs remarquer qu'à l'encontre de cette interprétation de la *CJUE* par le *BGH*, l'ayant droit a intenté un recours, qui fut rejeté¹⁴¹³, devant la Cour constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) pour violation de son droit de propriété garanti par l'art. 14 de la Constitution allemande.

C'est pourquoi de nombreux juristes allemands considèrent que le droit allemand, dans ses décisions futures, ne doit pas reprendre l'argumentation de la *CJUE* et qu'il faut donc

¹⁴⁰⁶ Voir aussi à ce sujet, M. v. WELSER GRUR Int. 2008, 596 s.

¹⁴⁰⁷ Ratification en 2009, entrée en vigueur en 2010.

¹⁴⁰⁸ Voir aussi J. REINBOTHE : GRUR Int. 2001, 733, 734.

¹⁴⁰⁹ Voir à ce sujet, les développements de A. DIETZ, in : *Homenaje a A. Bercovitz*, 2005, p. 385, 386 f.

¹⁴¹⁰ G. SCHULZE in : Dreier/Schulze, § 17, 4a.

¹⁴¹¹ *BGH* : GRUR 2009, 840 Tz. 19, 21- *Le Corbusier-Möbel II*.

¹⁴¹² *BGH* : GRUR 2009, 840 I ZR 247/03, *Le Corbusier-Möbel II*.

¹⁴¹³ BVerf. 19.07.2011 : GRUR 2012, 53.

continuer à tenir compte de la jurisprudence traditionnelle allemande¹⁴¹⁴. Ceci est d'autant plus vrai, que la Cour européenne n'a que partiellement évoqué les dispositions nationales dans son arrêt *Peek&Cloppenburg* puisqu'elle n'a même pas fait référence aux dispositions allemandes relatives à la location.

L'impact de la jurisprudence du *BGH Le Corbusier-Möbel II* sur la jurisprudence allemande relative à l'art. 17 UrhG n'est pas simple à prédire. Finalement, la jurisprudence européenne entraîne une certaine insécurité juridique, puisqu'on ne sait plus si, en Allemagne, le transfert de possession relève ou non de la distribution¹⁴¹⁵. On ne sait même plus si le transfert de possession relève d'un droit exclusif ! En faveur d'une telle interprétation, on peut néanmoins rappeler que le catalogue des droits exclusifs allemand n'énumère que de manière non exhaustive les différentes prérogatives prévues à l'art. 15 de la loi sur le droit d'auteur. Le catalogue n'est donc pas limité. On peut très bien envisager qu'un acte soit qualifié de forme particulière de location ou de droit d'exploitation inconnu¹⁴¹⁶. Une autre observation conforte le point de vue selon lequel c'est bien l'argumentation traditionnelle de la jurisprudence allemande qu'il faut suivre. Dans un arrêt rendu le même jour que l'arrêt *Le Corbusier-Möbel II*, le *BGH* a considéré que la « mise en circulation » ne constitue pas exclusivement une extériorisation, mais que tout transfert de possession est suffisant (particulièrement une location ou un prêt) dans le but de qualifier un acte de « mise en circulation »¹⁴¹⁷ !

La *CJUE* a quand-même eu la possibilité de corriger son interprétation restreinte de l'art. 4 de la directive *InfoSoc* dans l'arrêt *Knoll*. Une telle clarification a été nécessaire, dans la mesure où la location est prévue au sein de différentes directives¹⁴¹⁸. Il serait également utile de clarifier la notion de distribution.

Paradoxalement, en l'absence d'une transposition de la directive sur la location et le prêt, le droit de destination en France a l'avantage de la flexibilité et la fluidité de ses contours. Néanmoins il faut constater qu'on a du mal à accorder la théorie française du droit de la destination, basée sur l'idée que le droit d'auteur est un droit absolu à l'image du droit de propriété au sens du Code civil¹⁴¹⁹, avec l'idée de l'épuisement d'un droit d'auteur. Au delà du fait que le droit de distribution et son épuisement allemand correspondent mieux aux objectifs défendus par les textes européens (puisque les textes européens reprennent le droit allemand sur ce point !), on peut dégager un certain nombre d'avantages intrinsèques au droit de distribution.

¹⁴¹⁴ Voir à ce propos M. STIEPER ZGE 2011, 227, 234 ; N. DIETRICH UFITA 2011/II, 478, 488 ; *SL/Loewenheim* Rn.8 ; *Berger ZUM* 2012, 353, 356.

¹⁴¹⁵ Voir aussi à ce sujet : G. SCHULZE GRUR 2009, 812, 814.

¹⁴¹⁶ Voir à ce propos M. v. WELSER GRUR Int. 2008, 596, 597 f. Par ailleurs, G. SCHULZE considère que le *BGH* n'a pas d'obligation de présenter des questions préjudicielles et souligne que le *BGH* n'est pas lié par l'arrêt du 17 avril 2008 de la Cour de justice de l'Union européenne. Voir Schulze, § 4, Rn. 55f. Voir aussi GOLDMANN/MÖLLER in : GRUR 2009, 551, 557 ; et voir aussi S. v. LEWINSKI, in : *FS Loewenheim*, 2009, p. 175, 186 f.

¹⁴¹⁷ *BGH* : GRUR 2009, 942 Tz 28 – *Motezuma*.

¹⁴¹⁸ Même si particulièrement réglé à l'article 1 de la directive sur le location-prêt.

¹⁴¹⁹ Jurisclasseur, Fasc. 1254 : *Droits patrimoniaux. – Droit de location et de prêt*, A. LEBOS, p. 19, n° 40.

b- Des avantages par rapport au droit de destination

Bien que moins souple que le droit de destination, le droit de distribution, sujet à épuisement, offre plus de lisibilité et donc plus de sécurité¹⁴²⁰ juridique. En effet, il prend mieux en compte les impératifs du droit de la concurrence sans sacrifier les intérêts des auteurs. Notamment, la loi permet d'atteindre ceux qui diffusent des exemplaires fabriqués illicitement, même lorsqu'ils les ont acquis licitement¹⁴²¹.

Ceux-ci ne peuvent certes pas s'accommoder d'un épuisement absolu, mais il revient au législateur de « corriger le tir » en consacrant expressément certaines prérogatives, comme cela a été fait pour la location et le prêt. La jurisprudence peut, quant à elle, moduler la portée de l'épuisement pour permettre à l'auteur d'exercer son contrôle sur certaines exploitations nouvelles, à l'instar de ce qu'a décidé la Cour de cassation néerlandaise dans la célèbre affaire *Poortvliet c/ Hovoner*, en considérant que constituait une violation du droit d'auteur, le fait pour l'acheteur de calendriers reproduisant licitement des œuvres d'un peintre de découper ces reproductions pour réaliser des sous-verres en vue de les commercialiser. Enfin, la reconnaissance d'un droit de distribution présente l'avantage d'unifier les solutions relatives au droit d'auteur et celles relatives aux droits voisins. Tous ces arguments conduisent à prévoir aussi bien qu'à souhaiter l'abandon de la spécificité française et l'alignement sur le système retenu de façon quasi universelle¹⁴²², du droit de distribution sujet à épuisement¹⁴²³. L'avenir du droit de destination est sérieusement compromis. D'ailleurs, la Belgique a abandonné son droit de destination.

¹⁴²⁰ Voir pour une présentation d'ensemble : P. MOYSE, *Le droit de distribution, analyse historique et comparative du droit d'auteur*, éd. Yvon Blais 2007.

¹⁴²¹ Voir en droit allemand A. DIETZ, *Chronique d'Allemagne* : RIDA 2/1998, p. 167-289, à la p. 187 et les réf. cit.- V. aussi J.-C. GINSBURG, *Chronique des Etats-Unis* : RIDA 2/1999, p. 127-275, à la p. 207, et les réf. cit.

¹⁴²² V. l'article 6 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, prévoyant un « droit exclusif d'autoriser la mise à disposition du public », tout en laissant les Etats libres de déterminer « les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit (...) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectués avec l'autorisation de l'auteur ».

¹⁴²³ Pour une analyse critique, V. aussi S. DUSOLLIER, *Le droit de destination : une espèce vouée à la disparition* : PI, 2006, p. 281-289, et, du même auteur, *Heurs et malheurs du droit de destination : A&M 2010/ 5-6*, p. 450-457. —P. KAMINA, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, thèse Poitiers, 1996, n°230.- A. LEBOIS, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, LGDJ, 2004, n° 278 et s.- M. VIVANT/J.-M. BRUGUIÈRE, n°495.

Section 2- La notion de distribution dans un contexte numérique

L'arrêt *usedSoft*¹⁴²⁴ rendu par la *CJUE* le 3 juillet 2012 a retenti comme un coup de tonnerre dans l'univers de la distribution de logiciels en ligne. Allant à l'encontre des observations de la Commission européenne, de l'Irlande, des gouvernements français, italien, espagnol, et allant au-delà de la solution préconisée par son avocat général Y. Bot, la *CJUE* a reconnu l'épuisement du droit de distribution sur un logiciel téléchargeable pour une durée perpétuelle.

En plus de ce résultat étonnant, la *CJUE* précise, dans une approche extensive, les contours de la notion de « vente de copie de programmes d'ordinateur », seule susceptible de déclencher l'épuisement du droit de distribution. Au delà du logiciel, cet arrêt pourrait être pris en considération auprès des plateformes d'offres de téléchargement de contenus culturels en ligne, dont le modèle juridique et économique exclut le principe de l'épuisement¹⁴²⁵. Il n'est cependant pas certain que ce coup de tonnerre annonce vraiment la tempête. En effet, on peut craindre que des verrous viendront limiter la portée de cette décision.

Les faits peuvent être synthétisés de la manière suivante: La société *Oracle International Corp. (Oracle)*, géante internationale du secteur de l'informatique, commercialise sur son site *internet* des programmes d'ordinateur et cela principalement par téléchargement¹⁴²⁶. Le client acquiert une licence d'utilisation qui lui permet d'une part, de télécharger le programme et de le stocker et d'autre part, de le laisser utiliser par un nombre déterminé d'utilisateurs (vingt-cinq), en particulier des employés de l'entreprise titulaire de la licence, qui le téléchargent eux-mêmes sur leur poste de travail¹⁴²⁷ (programme d'ordinateur fonctionnant sur le mode « client/serveur »). Le contrat entre la société *Oracle* et le client réserve l'utilisation à un usage professionnel interne et interdit la cession de cette licence¹⁴²⁸.

La société allemande *usedSoft GmbH (usedSoft)*, a pour activité la commercialisation de licences de programmes d'ordinateur d'occasion. En fait, elle acquiert des licences encore en vigueur. Celles-ci peuvent être cédées par des sociétés pratiquant une restructuration ou cessant leurs activités (qui n'ont plus l'usage de tout ou partie de certaines de leurs licences logicielles) et les propose à des prix réduits (jusque -50%¹⁴²⁹) à des sous acquéreurs. Elle a, à ce titre, acquis des licences portant sur l'utilisation des logiciels d'*Oracle* susmentionnés. Ces licences pouvaient être cédées intégralement ou concernaient parfois un certain nombre de postes (<25) « lorsque les licences initialement acquises (portaient) sur un

¹⁴²⁴ *CJUE*, 3 juillet 2012, C-128/11, *usedSoft (Sté) c/ Oracle International Corp.* (Sté).

¹⁴²⁵ A. LEFEVRE, *La mise à disposition de copies de logiciels par téléchargement sur internet épuise le droit exclusif de distribution de l'éditeur sur ces copies* : RLDI 2012/85, n° 2851.

¹⁴²⁶ Voir à ce sujet, n° 20 à 23 de l'arrêt *usedSoft*.

¹⁴²⁷ Formulation synthétique de F. POLLAUD-DULIAN, RTDcom, 2012, p. 542 s. (p.543).

¹⁴²⁸ n° 23 de l'arrêt *usedSoft* : «Le paiement des services vous donne un droit d'utilisation à durée indéterminée, non exclusif, non cessible et gratuit, réservé à un usage professionnel interne, pour tous les produits et services qu'Oracle développe et met à votre disposition sur le fondement du présent contrat ».

¹⁴²⁹ « Réalisez jusque 50% d'économies grâce aux licences de logiciels inutilisés », sur la page d'accueil française du site de *usedSoft*, le 5 juillet 2012.

nombre d'utilisateurs dépassant les besoins du premier acquéreur, qui cédait son excédent »¹⁴³⁰. Ces licences, encore en vigueur permettant l'utilisation du logiciel, ont donc été proposées à la revente à un prix *discount*.

Ensuite, de deux choses l'une : soit l'acquéreur de la licence d'occasion ne possède pas encore le programme d'*Oracle* et le télécharge sur le site d'*Oracle* puisque le rachat de la licence lui permet cet acte de reproduction nécessaire à la mise en œuvre de la licence. Soit l'acquéreur dispose déjà d'un programme et il achète donc la licence afin que davantage de ses employés (au-delà du nombre prévu par la licence acquise auprès d'*Oracle*) puissent l'utiliser grâce à la licence d'occasion, qui complète sa première licence. Cela permet par exemple aux utilisateurs supplémentaires de reproduire le programme sur leurs postes de travail.

Estimant que ces pratiques étaient contrefaisantes, la société *Oracle* a assigné *usedSoft* devant le Tribunal régional de Munich (*Landgericht München I*) pour faire cesser ces pratiques commerciales. Elle obtint gain de cause en première instance et en appel, mais *usedSoft* forma ce qui peut être considéré en droit allemand comme l'équivalent d'un pourvoi devant la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof, BGH*), juridiction suprême allemande pour les litiges civils et pénaux. En effet, *usedSoft* considère que son activité s'inscrit dans le champ de l'épuisement du droit de distribution des copies de programmes d'ordinateur prévu à l'art. 4 paragraphe 2, de la directive n°2009/24 du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur¹⁴³¹. *Oracle* rappelle cependant que ses contrats stipulent que le droit d'utilisation attaché au logiciel n'est pas cessible.

C'est dans ce cadre que la Cour fédérale de justice a décidé de surseoir à statuer et de transmettre à la Cour de justice de l'Union européenne trois questions préjudicielles relatives aux conditions d'application et au régime de l'épuisement des droits concernant des droits portants sur des programmes d'ordinateur :

« 1- La personne qui peut se prévaloir d'un épuisement du droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est-elle un « acquéreur légitime », au sens de l'art. 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24 ?

2- En cas de réponse affirmative à la première question : le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est-il épuisé, au sens du premier membre de phrase de l'art. 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, lorsque l'acquéreur a réalisé la copie, avec l'autorisation du titulaire du droit, en téléchargeant le programme sur un support informatique au moyen d'*internet* ?

3- En cas de réponse affirmative à la deuxième question : la personne qui a acquis une licence de programme d'ordinateur d'occasion peut-elle aussi se prévaloir, pour la réalisation d'une copie du programme en tant qu'« acquéreur légitime », en application de l'art. 5, paragraphe 1 et du premier membre de phrase de l'art. 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, de l'épuisement du droit de distribution de la copie du programme d'ordinateur que le premier acquéreur a, avec l'autorisation du titulaire du droit, réalisée en téléchargeant le

¹⁴³⁰ Voir à ce sujet n° 24 de l'arrêt *usedSoft*.

¹⁴³¹ A. LEFEVRE, *La mise à disposition de copies de logiciels par téléchargement sur internet épuise le droit exclusif de distribution de l'éditeur sur ces copies* : RLDI 2012/85, n°. 2849.

programme sur un support informatique au moyen d'*internet*, lorsque ce premier acquéreur a effacé sa copie ou ne l'utilise plus ?¹⁴³²

En fait, la *CJUE* reprend ces questions liées à l'interprétation combinée de l'art. 4 § 2 et de l'art. 5 § 1 de la directive 2009/24/CE concernant les programmes d'ordinateur, dans leur ordre cohérent et s'interroge en substance sur les points de savoir si :

- 1- L'épuisement du droit de distribution édicté à l'art. 4 § 2 de la directive 2009/24/CE pouvait s'appliquer au téléchargement licite d'un logiciel en ligne (sans achat direct d'un support matériel/tangible) ? Et si oui, à quelles conditions ? Il s'agissait donc tout d'abord de savoir, si le téléchargement en ligne d'un logiciel peut constituer une « première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur » au sens de l'art. 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24¹⁴³³.
- 2- Dans l'affirmative, le bénéficiaire d'un tel épuisement (ayant donc acquis licitement une licence d'occasion du logiciel) était en droit de se prévaloir de la qualité „d'acquéreur légitime“ au sens de l'art. 5§ 1 du même texte, de sorte qu'il pouvait alors, sur le fondement de cette exception, procéder à une nouvelle copie du logiciel concerné en le téléchargeant à son tour sur le site du titulaire du droit¹⁴³⁴, sans être soumis à un régime d'autorisation de ce même titulaire de droit.

§ 1- Analyse de l'argumentation de la *CJUE* dans l'affaire *usedSoft*

On aurait pu s'attendre à un rejet ou, à tout le moins, à de sérieuses limites de l'application de la règle de l'épuisement à une telle espèce. On peut en ce sens relever que la Commission européenne ainsi que l'Irlande et les gouvernements espagnol, français et italien avaient soumis des observations proposant des interprétations de la règle toutes favorables à *Oracle* sur cette affaire, rejetant l'applicabilité de la règle de l'épuisement des droits dans ce type d'hypothèses. Malgré cela, l'avocat général pris une position de compromis¹⁴³⁵. Il considère que l'épuisement a bien lieu dans l'hypothèse d'un téléchargement en ligne accompagné d'une licence d'usage sans limitation de temps acquise à titre onéreux. Il y a bien là, pour lui, une opération qualifiable de « première vente ». Toutefois, il constate que le sous-acquéreur ne peut se prévaloir de cet épuisement pour télécharger une copie sur le site du titulaire de droit considérant que cela continue de relever du droit exclusif de celui-ci. Cela n'aurait permis que la revente de la copie telle que matérialisée par l'acquéreur initial sur un de ses supports informatiques, ce qui aurait, de ses propres mots « limité singulièrement, en pratique, la portée »¹⁴³⁶ de cet épuisement.

¹⁴³² Voir n° 34 de l'arrêt.

¹⁴³³ Voir n° 38 de l'arrêt.

¹⁴³⁴ V. VARET, *De distorsions le droit (de reproduction) s'est épuisé. A propos de l'arrêt de la CJUE en date du 3 juillet 2012, usedSoft c/Oracle*, p. 384 s. (385).

¹⁴³⁵ Conclusions de l'avocat général, Yves BOT, présentées le 24 avril 2012, dans l'affaire C-128/11, *usedSoft c/ Oracle*.

¹⁴³⁶ n° 99 des conclusions de l'avocat général.

A- Extension de l'épuisement du droit de distribution aux logiciels commercialisés sous forme immatérielle

Dans un premier temps, la Cour de justice s'est prononcée sur le point de savoir si le téléchargement *via internet* d'une copie d'un logiciel peut donner lieu à l'épuisement du droit de distribution de cette copie dans l'Union européenne, pour autant, bien sûr, que le titulaire du droit d'auteur ait consenti à ce téléchargement¹⁴³⁷.

1- L'objet du droit de distribution : un bien tangible ou intangible

La Société *Oracle* et la Commission soutenaient que l'épuisement du droit de distribution ne pouvait concerner que les biens tangibles et non des biens immatériels. Cette interprétation semble s'inscrire dans la droite ligne des textes internationaux, puisque le traité *OMPI* prévoit une déclaration commune visant à interpréter les art.s 6 et 7 relatifs aux notions de *droit de distribution* et *droit de location* indiquant qu'«aux fins de ces art.s, les termes *exemplaire* et *original* dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces art.s, désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles».

Une interprétation littérale ne permet cependant pas nécessairement d'aboutir à une telle conclusion. Pour rejeter l'argument selon lequel l'épuisement ne peut s'appliquer qu'aux biens tangibles, la Cour relève que l'art. 4 § 2 de la directive 2009/24 ne fait aucune distinction en fonction de la forme (matérielle ou immatérielle de la copie en cause)¹⁴³⁸. Dès lors, selon la Cour, « l'épuisement du droit de distribution prévu à l'art. 4 § 2 de la directive n°2009/24 concerne à la fois les copies matérielles et immatérielles d'un programme d'ordinateur, et partant également les copies de programmes d'ordinateur qui, à l'occasion de leur première vente, ont été téléchargées au moyen d'*internet*, sur l'ordinateur du premier acquéreur »¹⁴³⁹.

La Cour, tout en reconnaissant que l'épuisement du droit ne concerne pas les contrats de services, tels que les contrats de maintenance, va pourtant jusqu'à considérer que l'épuisement s'applique à la copie immatérielle telle que corrigée et mise à jour à travers un contrat de maintenance¹⁴⁴⁰. Les corrections et les évolutions apportées dans ce cadre « font partie intégrante de la copie initialement téléchargée » et peuvent donc être utilisées par l'acquéreur selon les mêmes modalités que la version initiale. Il est vrai que le texte de la directive n°2009/24 ne distingue nullement selon la forme de la copie du programme. Il est également indéniable qu'il existe une logique économique à faire en sorte d'aligner le régime de la distribution « immatérielle » sur celui de la distribution sur supports, dès lors que rien ne vient justifier une différence de traitement au regard des objectifs de libre circulation des biens et de décloisonnement des marchés. Au-delà de cette logique économique, on peut légitimement s'interroger sur la conformité de la solution dégagée avec les textes applicables.

¹⁴³⁷ F. POLLAUD-DULIAN, RTDcom Juillet/Septembre 2012, p. 544 s.

¹⁴³⁸ St. LERICHE, J. RUELE, *L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée (à propos de l'arrêt usedSoft c/ Oracle, CJUE, 3 juillet 2012)*, p. 30 à 37.

¹⁴³⁹ n° 59 de l'arrêt.

¹⁴⁴⁰ St. LERICHE, J. RUELE, *L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée (à propos de l'arrêt usedSoft c/ Oracle, CJUE, 3 juillet 2012)*, p. 30 à 37.

2- L'arrêt définit la notion de « vente » seule susceptible de déclencher l'épuisement du droit de distribution.

Selon la formulation de l'art. 4 paragraphe 2 de la directive 2009/24 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, c'est « la *première vente* d'une copie d'un programme d'ordinateur » dans l'Union, par le titulaire du droit d'auteur ou avec son consentement, qui « épuise le droit de distribution de cette copie ».

Tout d'abord, afin de déterminer si, dans cette affaire le droit de distribution du titulaire¹⁴⁴¹ du droit d'auteur est épuisé, il importe donc de vérifier si la relation contractuelle entre le titulaire (c'est-à-dire ici *Oracle*) et son client, dans le cadre de laquelle le téléchargement d'une copie du programme d'ordinateur concerné a eu lieu, peut être qualifiée de « *première vente* d'une copie d'un programme d'ordinateur »¹⁴⁴². *A priori*, on est tenté de répondre par la négative à cette question¹⁴⁴³. En effet, l'autorisation de télécharger le programme d'ordinateur semble pouvoir être qualifiée de prestation de service et non de « vente » d'une œuvre. En ce sens, la société « *Oracle* » avançait qu'elle ne vendait pas la copie du programme, mais la mettait gratuitement à la disposition de ses clients, et ne commercialisait par conséquent que la licence d'utilisation. La *CJUE* va pourtant aboutir à la conclusion inverse. Puisque le texte de la directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur n'opère aucun renvoi aux droits nationaux en ce qui concerne la signification à retenir de la notion de « vente », la *CJUE* considère qu'il s'agit d'une notion autonome du droit de l'Union, qui doit être interprétée de manière uniforme¹⁴⁴⁴.

C'est pourquoi, la *CJUE* rappelle que la vente est « communément » définie comme une convention par laquelle une personne cède, moyennant le paiement d'un prix, à une autre personne ses droits de *propriété* sur un bien corporel ou incorporel lui appartenant¹⁴⁴⁵. La « vente » au sens de la *CJUE* est donc à comprendre dans le sens d'un *transfert de propriété*. Au regard de sa jurisprudence antérieure¹⁴⁴⁶ ainsi que de la rédaction des textes internationaux, la mise en parallèle de la notion de vente avec la notion de « transfert de propriété » par la *CJUE* n'est pas étonnante.

Reste à savoir si la notion de « transfert de propriété », telle qu'utilisée par la *CJUE* doit être comprise au sens du droit civil. Il semble que la *CJUE* n'interprète ici que les conditions permettant de considérer, du point de vue du droit d'auteur, qu'on a affaire à « la vente » de la copie d'un programme d'ordinateur. La terminologie de la vente est donc à comprendre au sens du droit d'auteur¹⁴⁴⁷.

Le modèle commercial de la société *Oracle* permet-il un transfert de la titularité des droits d'auteur, « un transfert de propriété » en faveur de l'utilisateur, sur la copie d'un programme d'ordinateur ? Le contrat cité au point 23 de l'arrêt *usedSoft* semble dire tout autre chose

¹⁴⁴¹ Ici, le titulaire originaire est bien l'auteur du programme d'ordinateur et *Oracle* bien le titulaire secondaire.

¹⁴⁴² n° 38 de l'arrêt *usedSoft*.

¹⁴⁴³ F. POLLAUD-DULIAN, RTD com 2012, p. 544 s.

¹⁴⁴⁴ n° 40 de l'arrêt *usedSoft*.

¹⁴⁴⁵ Arrêt *usedSoft*, n° 42.

¹⁴⁴⁶ Voir par exemple, *CJUE*, 4^e ch., 17 avril 2008, aff. C-456/06, *Peek&Cloppenburg KG c/ Cassina SpA*.

¹⁴⁴⁷ Vision également partagée par N. MALEVANNY, *Die usedSoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkung des CJUE-Urteils* in : CR 2013, p. 422 s.

puisqu'il mentionne un droit d'utilisation « à durée indéterminée », ce qui, normalement n'a pas le caractère définitif d'un transfert de propriété.

En adoptant une telle démarche, la *CJUE* ne reprend que les développements de l'avocat général Bot qui indiquait dans ses conclusions, que le terme de « vente » au sens de l'art. 4 § 2 de la directive dite *des programmes d'ordinateur* devait être interprété largement comme « englobant toutes les formes de commercialisation d'un produit qui se caractérisent par l'octroi d'un droit d'usage d'une copie du logiciel, pour une durée illimitée, moyennant le paiement d'un prix en une fois »¹⁴⁴⁸, destiné à permettre au titulaire du droit d'auteur d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique¹⁴⁴⁹ de cette copie. Selon l'avocat général, cet acte est à distinguer d'une location, qui consiste à conférer un droit d'usage de façon temporaire, moyennant le paiement d'une redevance périodique et lorsque le fournisseur ne s'est pas dessaisi de la « propriété » de la copie d'un programme d'ordinateur.

La *CJUE* adopte donc une interprétation extensive de la notion de vente, de la notion de transfert de propriété. Par ailleurs, on comprend bien qu'une lecture trop restrictive de la notion de « vente » compromettrait l'effet utile de l'art. 4 § 2 de la directive dite *des programmes d'ordinateur* en privant la règle de l'épuisement de toute portée, puisque la commercialisation des logiciels prend le plus souvent la forme de licences d'utilisation et qu'il suffirait donc aux fournisseurs de qualifier le contrat de „licence“ et non de „vente“ pour contourner cette règle¹⁴⁵⁰.

On peut néanmoins critiquer le fait que l'avocat général Bot et la Cour de Justice s'appuient sur la durée contractuelle d'utilisation de la copie afin de qualifier un transfert de propriété. C'est vraisemblablement pour contourner cette faiblesse sur le plan dogmatique que la *CJUE* rappelle qu'il n'y a de « vente » ou « transfert de propriété » d'un programme d'ordinateur, que lorsqu'il y a un cumulativement « transfert d'une copie » matérielle ou dématérialisée de ce programme *et* « vente » d'une licence d'utilisation¹⁴⁵¹. En effet, sans licence d'utilisation, la copie autorisée est dépourvue de toute utilité, de sorte qu'il convient de considérer le téléchargement de la copie et la licence d'utilisation comme un tout. C'est à ce titre, que la *CJUE* a considéré que la relation contractuelle, entre *Oracle* et chacun de ses clients, entraîne « une première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur », au sens de l'art. 4, paragraphe 2 de la directive dite *des programmes d'ordinateur*.

Il est surprenant de constater que le modèle d'affaires proposé par *Oracle* n'a pas été qualifié par la *CJUE* de « prestation de service ». En fait, il semble que le résultat à atteindre ait influencé la qualification de l'acte juridique en question. En effet, on va voir que la question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services.

L'arrêt *usedSoft* est l'occasion de clarifier l'articulation entre d'une part, la directive dite *des programmes d'ordinateur* et d'autre part, la directive *InfoSoc* d'application générale. De manière explicite, la directive *InfoSoc* énumère trois droits d'exploitation. Le droit de reproduction à l'art. 2 puis le droit de communication [...] au public y compris le droit de mettre à la disposition [...] à l'art. 3, pour lequel l'épuisement est exclu, et un droit de distribution à l'art. 4, qui fait l'objet d'un épuisement. Dans le but d'écarter l'épuisement du

¹⁴⁴⁸ Voir les conclusions de l'avocat général, n° 59/60.

¹⁴⁴⁹ *CJUE*, aff. *usedSoft*, paragraphe 45.

¹⁴⁵⁰ F. POLLAUD-DULIAN, p. 544.

¹⁴⁵¹ n° 48 de l'arrêt.

droit de distribution d'*Oracle*, la Commission européenne et certains pays de l'Union européenne dont la France, ont soutenu, au vu de la directive *InfoSoc*, que la mise à disposition par téléchargement d'une copie de logiciel constituait non pas un acte de distribution au sens de l'art. 4, paragraphe 2 de la directive dite des *programmes d'ordinateur* mais un acte de « communication au public », au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*, opérée par un « service en ligne », pour lequel le considérant 29 de cette directive précise que la question de l'épuisement ne se pose pas¹⁴⁵². A l'appui de cette argumentation, *Oracle*, la Commission européenne, et certains pays de l'Union européenne ont fait valoir que la directive *InfoSoc* ne prévoyait le déclenchement de l'épuisement du droit de distribution qu'en cas de vente ou premier transfert de propriété d'un objet « tangible ». En effet, selon les termes du considérant 28 de la directive *InfoSoc*, le droit exclusif de contrôler la distribution n'est limité par l'épuisement de ce droit que lorsque l'œuvre est « incorporée à un bien matériel » et non lorsque l'œuvre fait l'objet d'un service en ligne.

Cette portée restrictive du principe de l'épuisement s'explique principalement par son but recherché puisqu'il s'agit, dans un monde analogique tout du moins, de trouver un équilibre entre les exigences de la libre circulation des marchandises et la nécessaire protection des droits intellectuels qui confèrent en principe à leurs titulaires un monopole d'exploitation. A titre de remarque, on peut d'ailleurs critiquer la formulation de la directive *InfoSoc*, en ce que la référence à un service en ligne au considérant 28 n'implique pas forcément l'existence d'une œuvre sous forme immatérielle. Par exemple, la vente d'un *CD*, objet matériel, peut très bien se faire par le biais d'un service en ligne.

Malgré tout, il ne s'agit ici que d'une remarque liée à la formulation de ce considérant, puisqu'on comprend bien que la directive *InfoSoc* opère une dichotomie entre d'une part, les œuvres commercialisées sur support physique auquel s'appliquerait la théorie de l'épuisement des droits et d'autre part, les œuvres disponibles sous forme dématérialisée qui devraient être considérées comme des « services en ligne » faisant l'objet d'une « communication au public » ou d'une « mise à disposition du public (...) par fil ou sans fil (...) » de manière que chacun puisse individuellement y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit. Au vu de ces développements tout comme des travaux préparatoires¹⁴⁵³, il semble que le service en ligne est à comprendre dans le sens de l'offre d'une œuvre par téléchargement.

C'est pourquoi, on peut approuver l'approche du gouvernement français, qui a soutenu qu'il ne pouvait y avoir épuisement en cas de téléchargement de logiciel, puisqu'il s'agissait d'une offre par l'intermédiaire d'un service en ligne, ajoutant que le contrat de maintenance d'*Oracle* relevait à l'évidence de la prestation de services. Or précisément, la *CJUE* n'a pas suivi ce raisonnement, puisqu'elle n'a argumenté qu'en tenant compte de la Directive dite des programmes d'ordinateur¹⁴⁵⁴, ne comportant pas ce genre de disposition. En effet, la directive

¹⁴⁵² A. LEFEVRE, *La mise à disposition de copies de logiciels par téléchargement sur internet épuise le droit exclusif de distribution de l'éditeur sur ces copies* : RLDI, 2012/85 n° 2845.

¹⁴⁵³ Ce point de vue est confirmé par le « livre vert » du 27 juillet 1995, consacré à la mise en perspective d'un certain nombre de questions concernant le droit d'auteur et les droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information. Ainsi, la Commission européenne oppose l'œuvre « incorporée dans un support matériel », à celle qui « relève d'une prestation de service ».

¹⁴⁵⁴ Une approche qu'on peut bien sûr critiquer. Tant *Oracle* que la Commission européenne opposait en effet à l'argumentation de *usedSoft* que la mise à disposition d'une copie immatérielle devait s'interpréter comme « une mise à disposition du public » au sens de l'article 3.1 de la directive n°2001/29 « laissant intactes » et n'affectant d'aucune façon les dispositions de la directive concernant les programmes d'ordinateur à l'aune de ce seul texte.

dite des « programmes d'ordinateur » ne précise pas que le droit de distribution ne trouve à s'appliquer que dans le cas de l'incorporation d'une œuvre dans un objet tangible.

Même à considérer que le téléchargement de la copie de logiciel est une « mise à disposition » au sens de la directive *InfoSoc*, le transfert de propriété de cette copie du logiciel a eu, en tout état de cause pour effet de transformer « un simple acte de communication au public en acte de distribution » pouvant seul donner lieu à épuisement.

B- Effets de l'épuisement

1- Téléchargement du logiciel par l'acquéreur légitime

L'épuisement de l'art. 4 § 2 de la directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ne porte que sur le droit de *distribution* du titulaire de droits afférents à la *copie* du logiciel. Deux remarques s'en suivent :

Premièrement, cela signifie que les autres droits du titulaire et notamment son droit de *reproduction*, ne s'épuisent pas du fait de la « vente » d'une copie par téléchargement.

La question s'est donc posée de savoir si l'acquéreur de la copie d'occasion pouvait procéder à la *reproduction* de cette copie nécessaire à son installation, et à son utilisation. En effet, devant la *CJUE*, *Oracle* a fait valoir que la copie de logiciel mise à disposition par téléchargement *via* son site *internet* ne pouvait être utilisée par l'acquéreur de la copie d'occasion dès lors que celui-ci n'avait pas conclu de contrat de licence d'utilisation directement avec *Oracle* et que la licence concédée au premier acquéreur était, selon les termes du contrat de licence *Oracle*, « non cessible ».

Or, justement, l'exception de l'art. 5, paragraphe 1 de la directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur permet de contourner cette clause contractuelle, puisqu'en assimilant¹⁴⁵⁵ l'acquéreur d'une licence d'occasion à un « acquéreur légitime »¹⁴⁵⁶, ce dernier est autorisé à reproduire, traduire, adapter, arranger, et transformer cette copie d'une manière « conforme à la destination »¹⁴⁵⁷. Par conséquent, le titulaire du droit d'auteur ne peut s'opposer à la cession de la copie, qu'elle soit matérielle ou immatérielle.

L'application de l'exception de l'art. 5 § 1 appelle deux observations : une observation terminologique, et une observation de fond. L'observation de fond consiste à se poser la question de savoir s'il est vraiment nécessaire de recourir à une exception pour permettre à l'acquéreur légitime de reproduire la copie. En effet, on peut très bien considérer que d'un point de vue fonctionnel, le droit de distribution englobe la reproduction de la copie, si bien qu'on pourrait même parler de l'épuisement d'un droit de reproduction. La deuxième observation consiste à se demander si la prétendue cession d'une copie immatérielle réputée indivisible du contrat de licence d'*utilisation* ne sert pas, en réalité, à masquer que c'est bien le contrat de licence qui est cédé, un contrat, qui par essence n'implique aucun « transfert de propriété », c'est-à-dire aucune « vente » de copie. C'est pourquoi M. Pollaud-Dulian souligne

¹⁴⁵⁵ Voir n° 64 et 68 de l'arrêt.

¹⁴⁵⁶ n° 80 de l'arrêt *usedSoft*.

¹⁴⁵⁷ n° 81 et 82 de l'arrêt *usedSoft*.

que l'*acquéreur* possède en fait une licence d'utilisation, et qu'il serait donc plus exact d'employer la terminologie d'*utilisateur* légitime. Eu égard à ces deux observations, on peut ajouter que selon la *CJUE*, le deuxième acquéreur et les acquéreurs suivants constituent, à leur tour, des utilisateurs ou « acquéreurs légitimes »¹⁴⁵⁸. Ainsi, l'acquéreur légitime n'est donc pas seulement celui qui tient ses droits directement du titulaire du droit d'auteur sur le logiciel à travers un contrat de licence mais peut aussi être le sous-acquéreur de la licence (et donc de la copie), ce qui permet le commerce des *copies* de logiciels d'occasion¹⁴⁵⁹.

A ce titre, on peut noter que l'épuisement *du droit de distribution* ne porte que sur la copie distribuée, c'est-à-dire téléchargée depuis le site *internet* du fournisseur sur le poste du travail de l'acquéreur et non pas sur le logiciel. Par conséquent, le logiciel peut encore être distribué sous d'autres formats. De plus, la *CJUE* précise que l'épuisement du droit de distribution s'étend aux mises à jour et corrections de cette copie délivrée par le fournisseur d'origine dans le cadre d'un contrat de maintenance.

La société *Oracle* avait au contraire soutenu que le contrat de maintenance conclu par le premier acquéreur avait pour conséquence que la copie vendue par le distributeur *usedSoft* n'était pas la copie téléchargée par le premier acquéreur mais une nouvelle copie (mise à jour et corrigée) n'ayant pas fait l'objet de la distribution à l'origine du déclenchement de l'épuisement. Pour la *CJUE* cependant, les fonctionnalités corrigées, modifiées ou ajoutées dans le cadre du contrat de maintenance conclu par le premier acquéreur font partie intégrante de la copie initialement téléchargée et peuvent être utilisées par cet acquéreur sans limitation de durée, et ce même en cas de non-renouvellement du contrat de maintenance. Ainsi, l'épuisement du droit de distribution d'une copie de logiciel s'étend à la copie du programme vendue telle que corrigée et mise à jour par le titulaire du droit¹⁴⁶⁰. En cela, le raisonnement de la Cour européenne s'inscrit dans les objectifs du principe de l'épuisement, puisque la limitation de l'épuisement à la version d'origine de la copie reviendrait, d'une part, à limiter considérablement l'effet du principe même et permettrait, d'autre part, aux éditeurs de logiciels de demander des rémunérations supplémentaires dépassant la valeur économique de la copie¹⁴⁶¹.

2- Des réserves

Finalement, la *CJUE* légitime le modèle d'affaires de la société *usedSoft* tout en y apportant une grande réserve puisqu'elle n'autorise pourtant pas les utilisateurs à revendre le surplus des licences non consommées par une baisse des postes d'utilisateurs.

En effet, la *CJUE* considère que la « vente » de copies de logiciels susceptible de déclencher l'épuisement du droit de distribution ne peut avoir pour effet de « scinder » le nombre d'utilisateurs prévus au niveau de la licence d'utilisation de l'acquéreur d'origine. C'est

¹⁴⁵⁸ A. LEFEVRE, *La mise à disposition de copies de logiciels par téléchargement sur internet épuise le droit exclusif de distribution de l'éditeur sur ces copies* : RLDI, 2012/85, n° 2845.

¹⁴⁵⁹ n° 82 et 83 de l'arrêt *usedSoft*.

¹⁴⁶⁰ n° 52 de l'arrêt *usedSoft*.

¹⁴⁶¹ A. LEFEVRE, *La mise à disposition de copies de logiciels par téléchargement sur internet épuise le droit exclusif de distribution de l'éditeur sur ces copies* : RLDI, 2012/85, n° 2845.

précisément ce que reprochait *Oracle* à *usedSoft*. En fait, *Oracle* commercialise des licences pour 25 utilisateurs. Par conséquent, une personne ayant des besoins pour 30 utilisateurs devait donc acquérir deux licences incluant un nombre de 20 utilisateurs non exploités. Ce sont justement ces surplus d'utilisateurs que *usedSoft* proposait à la vente. Sur ce point précis, la *CJUE* a donc jugé en faveur d'*Oracle*, puisqu'elle considère que le fait de scinder une licence de logiciel signifie inévitablement que l'acquéreur d'origine continue à utiliser la copie du logiciel pour le nombre d'utilisateurs qui l'intéresse.

Cette option n'est pas compatible avec le principe de l'épuisement du droit de distribution qui suppose, au contraire, que l'acquéreur initial ait rendu inutilisable sa propre copie au moment de sa revente¹⁴⁶².

Consciente qu'il est bien difficile de vérifier en pratique si cette copie a bien été rendue inutilisable, la *CJUE* rappelle que le fournisseur des copies d'origine peut employer des mesures techniques de protection¹⁴⁶³ comme des « clefs de produit »¹⁴⁶⁴ pour résoudre cette difficulté.

§ 2- Conséquences et réception de l'arrêt *usedSoft*

Une analyse des conséquences (A) de l'affaire *usedSoft* précède une présentation de sa réception en Allemagne (B).

A- Elargissement de la théorie de l'épuisement des droits : quelles implications ?

L'élargissement de la théorie de l'épuisement entraîne-t-elle l'avènement d'un marché secondaire des licences logicielles (1) et une extension de l'épuisement des droits de distribution aux œuvres culturelles dématérialisées (2) ?

1- Vers l'avènement d'un marché secondaire des licences logicielles ?

En acceptant, d'une part, un marché des logiciels d'occasion qui permet un équilibre entre l'exercice du monopole et la libre circulation des biens culturels, tout en interdisant, d'autre part, le marché des licences correspondant à des droits d'utilisation « surnuméraire »¹⁴⁶⁵, on peut finalement estimer que la portée de l'arrêt *usedSoft* sur le terrain propre de la commercialisation des logiciels doit être appréciée avec de nombreuses réserves. On peut néanmoins avancer l'hypothèse selon laquelle les éditeurs de logiciels vont repenser certaines stratégies de contrôle de la distribution de leurs programmes informatiques afin de contourner la règle de l'épuisement. A cet égard, il est permis de supposer que ces derniers sauront trouver « les parades contractuelles et techniques de nature à limiter les effets structurels de cette décision sur les conditions de commercialisation de leurs produits »¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶² A défaut, l'acquéreur initial, en revendant une licence « scindée », violerait le droit exclusif de reproduction qui, lui, n'est pas susceptible d'épuisement.

¹⁴⁶³ n° 87 de l'arrêt.

¹⁴⁶⁴ A. LEFÈVRE, *La mise à disposition de copies de logiciels par téléchargement sur internet épuise le droit exclusif de distribution de l'éditeur sur ces copies* : RLDI, 2012/85, n° 2845.

¹⁴⁶⁵ S. LERICHE, J. RUELLE, *L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée (à propos de l'arrêt usedSoft c/ Oracle, CJUE, 3 juillet 2012)* : RLDI, octobre 2012, n°86, p. 34.

¹⁴⁶⁶ S. LERICHE, J. RUELLE, *ibid.*

En fait, la notion de durée illimitée apparaît comme le critère clé permettant de caractériser l'existence d'une vente, et partant d'un transfert de propriété. On peut donc en déduire, que toute « mise à disposition » affectée d'une durée limitée devrait s'analyser en une *location* ou *prestation de services* et échapperait dès lors à l'emprise du principe d'épuisement des droits. De plus, la perception de redevances périodiques, en lieu et place d'une rémunération forfaitaire unique, pourrait également constituer un indice militant pour une qualification de *location* ou de *prestation de service*. Les solutions dégagées par *usedSoft* sont donc contournables sur le plan contractuel et commercial. Il en va ainsi, lorsque le système de rémunération correspond à un schéma d'abonnement, nécessairement limité dans le temps.

Tel est par exemple le cas lorsque le client accède à distance au logiciel, sans le télécharger, moyennant le paiement d'un abonnement, pendant une durée correspondant généralement à cet abonnement, dans le cadre d'offre de logiciel, tel que les offres *Cloud* ou les offres *Saas (Software as a service)*. Dans ce cas précis, la qualification de « transfert de propriété » serait d'autant plus artificielle que l'application *Saas* n'est pas hébergée sur un serveur local sous contrôle du client mais bien sur les serveurs de l'éditeur lui-même, auxquels l'utilisateur accède via des interfaces dédiées ou via une application téléchargée localement, selon un schéma « à la demande » et en fonction de ses besoins. Le programme fait donc l'objet d'un accès à distance. Qu'en est-il cependant des plates-formes qui proposent des offres de téléchargement de biens culturels pour lesquelles les internautes obtiennent une copie de l'œuvre moyennant le paiement d'une somme forfaitaire qu'ils peuvent télécharger sur leurs outils informatiques de manière définitive ? S'agit-il, dans ce cas aussi, d'une prestation de service pure et simple ? On peut considérer que le schéma du *streaming* ou du *Cloud Computing* opère une « virtualisation » plus achevée encore de l'accès à l'application en raison de l'absence de serveurs distants interconnectés et vient donc rendre encore plus inadéquates les notions de « copie » ou « d'exemplaire » du logiciel auquel il est donné accès¹⁴⁶⁷.

Pour conclure, les répercussions de l'arrêt *usedSoft* sur le marché de la distribution du logiciel devraient se révéler moins retentissantes qu'on aurait pu l'envisager de prime abord. L'élargissement du domaine de l'épuisement des droits aux copies immatérielles pourrait, en revanche, avoir des effets sensibles sur la distribution dématérialisée des œuvres culturelles en général. C'est pourquoi il convient de s'interroger sur la portée de la décision au regard de la distribution par téléchargement des œuvres musicales, audiovisuelles, littéraires ou multimédias.

2- Vers une extension de l'épuisement des droits à la distribution des œuvres culturelles dématérialisées ?

La portée de l'arrêt *usedSoft* est très controversée. D'un côté, de nombreux arguments peuvent être avancés en faveur d'une portée large¹⁴⁶⁸. D'un autre côté de nombreux auteurs

¹⁴⁶⁷ S. LERICHE, J. RUELLE, *L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée (à propos de l'arrêt usedSoft c/ Oracle, CJUE, 3 juillet 2012)* : RLDI, octobre 2012, n°86, p. 30-37.

¹⁴⁶⁸ Auteurs en faveur d'une portée large : J. DRUSCHEL, *Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR)* : GRUR Int. 2015, 125 s. (132 s.); M. GANZHORN, *Ist ein E-Book ein Buch? Das Verhältnis von Büchern und E-Books unter besonderer Berücksichtigung der UsedSoft-Rechtsprechung* : CR 8/2014, 492 s.; Y. HARN LEE, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp (Case C-*

partagent l'avis selon lequel sa portée est restreinte¹⁴⁶⁹ et ne s'applique pas par analogie à d'autres œuvres culturelles dématérialisées, comme par exemple un *e-book* ou une autre œuvre multimédia etc.

En faveur d'une portée restreinte de l'arrêt *usedSoft* on peut tout d'abord noter que la CJUE prend soin de préciser que son interprétation se fonde uniquement et exclusivement sur la directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Force est de constater à cet égard que le cadre normatif applicable aux œuvres autres que les logiciels semble moins favorable à la reconnaissance d'un épuisement des droits régissant des produits culturels *dématérialisés*. En effet, l'art. 6 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996 autorise l'épuisement du droit de distribution à « la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre »¹⁴⁷⁰. Par ailleurs, une déclaration commune de la Conférence diplomatique ayant adopté les traités de l'OMPI, précise que les « expressions 'exemplaires' et 'original', dans le contexte du droit de distribution et du droit de location (...) désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mise en circulation en tant qu'objets tangibles »¹⁴⁷¹. Et l'on retrouve cette même conception au niveau du 28^{ème} considérant de la directive *InfoSoc*, puisque « la protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien *matériel*. La première vente dans l'Union de l'original d'une œuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de contrôler la revente de cet objet »¹⁴⁷² dans l'Union. De plus, le considérant 29 ajoute que la « question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne ». Or précisément, la mise à disposition d'œuvres culturelles dématérialisées prend souvent la forme d'un « service en ligne ». Il semble donc que la portée de l'arrêt *usedSoft* soit restreinte aux programmes d'ordinateur, et ne puisse pas s'étendre à d'autres œuvres protégées par le droit d'auteur.

128/11) – *Sales of „Used“ Software and the Principle of Exhaustion*: IIC 2012, 846 s.; Th. HARTMANN *Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte, Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, Rs. C-128/11 – Usedsoft* ./ Oracle : GRUR-Int. 2012, 980 s.; R. M. HILTY, K. KÖKLÜ F. HAFENBRÄDL, *Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective* : IIC 2013, 263 s. ; Th. HOEREN, S. JAKOPP, *Der Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld, Notwendigkeit eines Binnenmarktkonformen Verständnisses* : MMR 2014, 646 s.; Th. HOEREN, M. FOERSTERLING *Onlinevertrieb « gebrauchter » Software, Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung « Usedsoft »* : MMR 2012, 642 s. ; N. MALEVANNY, *Die Usedsoft-Kontroverse : Auslegung und Auswirkung des EuGH-Urteils* : CR 2013, 422-427 ; J. MARLY, *Der Handel mit so genannter „Gebrauchsoftware“* : EuZW 2012, 654 s., M. SENFTLEBEN, *Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld ; Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH : Sündenfall oder Befreiungsschlag ?* : NJW 2012, 2924 s.

¹⁴⁶⁹ Auteurs en faveur d'une portée restreinte: K. BÄCKER, M. HÖFINGER, *Online-Vertrieb digitaler Inhalte: Erstvertrieb, nachgelagerte Nutzungen und nachgelagerte Märkte* : ZUM 2013, 623 s. (640); R. HAUCK, *Gebrauchthandel mit digitalen Gütern* : NJW 2014, 3616 s., T. J. HEYDN, *EuGH : Handel mit gebrauchter Software – Usedsoft*: MMR 2012, 591 s.; S. KRÜGER, M. BIEHLER, S. APEL, *Keine „Used Games“ aus dem Netz, Unanwendbarkeit der „UsedSoft“ Entscheidung des EuGH auf Videospiele* : MMR 2013, 760 s.; M. STIEPER, *Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11– UsedSoft* : ZUM 2012, 668, 670; N. RAUER, D. ETTIG, *Verkehrsfähigkeit von E-Books und anderen digitalen Werken* : GRUR-Prax 2015, 202 s. (204), H. HANSEN, *Keine Erschöpfung beim Online-Vertrieb von e-Books* : GRUR-PRAX 2013, 207 s.

¹⁴⁷⁰ Déclaration commune n° 5 concernant l'articles 6 WCT.

¹⁴⁷¹ Déclaration commune n° 5 concernant les articles 6 et 7 du WCT.

¹⁴⁷² S. LERICHE, J. RUELLE, *L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée (à propos de l'arrêt usedSoft c/ Oracle, CJUE, 3 juillet 2012)* : RLDI, 2012/86, p. 36.

Pourtant, on pourrait remettre en cause cette portée restrictive. En effet, les considérants de la directive *InfoSoc* n'ont pas la valeur du texte de la directive. De plus, l'art. 4 § 2 de la directive propre aux programmes d'ordinateur ne prévoit pas explicitement l'épuisement du droit dans le cas d'un service en ligne, si bien qu'une portée étendue de l'arrêt *usedSoft* est envisageable. Bien sûr, il ne faut pas perdre de vue que la directive concernant les programmes d'ordinateur est un texte spécial, qui déroge au droit commun. Néanmoins, on peut souligner que cette interprétation de *loi spéciale* n'est évoquée que sur le plan européen, et non au niveau national. Sur le plan national, on semble plutôt différencier un objet tangible d'un objet intangible.

Par ailleurs, on peut souligner que l'argumentation de la *CJUE* quant à l'interprétation de la directive sur les programmes d'ordinateur parle en faveur d'une portée restreinte de la directive. Mais la construction du raisonnement juridique appliqué par la Cour européenne, dans le but de qualifier l'opération de « vente d'une copie d'un programme d'ordinateur » dans l'affaire *usedSoft* est contestable : La *CJUE* considère par exemple, que l'entente entre *Oracle* et ses clients sur l'usage de la copie du programme pour une durée illimitée (ou indéterminée) suffirait, sous réserve du paiement d'une somme correspondant à « la valeur économique de la copie », à emporter un *transfert de propriété* de la copie du programme d'ordinateur concerné. Outre le fait que le prix versé est lié au contrat de licence (et non au téléchargement qui est gratuit), et qu'il est donc difficile d'envisager, comme le fait pourtant la Cour, que le prix est bien la contrepartie de la « valeur économique de la copie »¹⁴⁷³, force est de constater que la *CJUE* semble éluder l'un des principes fondamentaux du droit d'auteur. En effet, la *CJUE* ne tient pas compte de la nécessaire distinction entre la *propriété des droits* de propriété intellectuels et la *propriété du support* matériel, alors même que la Cour prend toutefois la précaution d'envisager l'opération dans sa globalité (téléchargement accompagné du contrat de licence) et non le seul contrat de licence.

Par ailleurs, on peut souligner un manque de rigueur sur le plan terminologique, puisque la *CJUE* parle indifféremment de « propriété de la copie du programme d'ordinateur » ou de « revente de licence d'utilisation »¹⁴⁷⁴. A partir du moment, où la *CJUE* n'explique aucunement le contenu précis de ce droit de propriété, il faut espérer que la qualification de vente s'applique uniquement pour les besoins de la théorie de l'épuisement du droit et ne remette pas en cause le régime juridique applicable à la notion de licence. Bien avant que l'arrêt ne soit rendu par la *CJUE*, M. Lucas émettait¹⁴⁷⁵ des doutes sur la possibilité d'assimiler la mise à la disposition¹⁴⁷⁶ de l'utilisateur du logiciel à une vente et relevait : « [...] force est de reconnaître qu'il faut prendre beaucoup de liberté avec la lettre de la directive 1991 (aujourd'hui, la directive n°2009/24), pour regarder comme *la première vente d'une copie*, au sens de l'art. 4, c), la mise à disposition d'un logiciel à travers une classique licence d'utilisation conçue pour ne concéder qu'un droit d'usage ».

Selon M. Pollaud-Dulian, l'argumentation développée dans l'arrêt *usedSoft* repose sur des approximations et la déformation¹⁴⁷⁷ de notions de base en assimilant par exemple, la licence

¹⁴⁷³ S. LERICHE, J. RUELLE, *ibid.*

¹⁴⁷⁴ S. LERICHE, J. RUELLE, *ibid.*

¹⁴⁷⁵ Propr. Intell. 2009, p. 268-270.

¹⁴⁷⁶ Ici la notion de mise à disposition n'est pas entendue au sens français, mais au sens de « *öffentliche Zugänglichmachung* ».

¹⁴⁷⁷ F. POLLAUD-DULIAN cite G. BAUDRY-LACANTINERIE Et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T.1, 3^{ème} éd., 1907, n°264 bis, p. 227) : « comment voir (...) un système d'interprétation de la loi dans une méthode où le texte légal n'est vraiment plus qu'un prétexte ?

et la vente, le téléchargement et la cession de support physique, la copie matérielle et immatérielle, le droit de distribution et le droit de communication ou de mise à disposition du public, l'œuvre et le support d'œuvre, la prestation de service et la distribution de marchandises¹⁴⁷⁸ ... Certains auteurs sont plus optimistes et considèrent qu'il est « raisonnable d'estimer que par cette construction prétorienne, les juges de Luxembourg ont entendu attirer l'attention du législateur communautaire sur la nécessité d'adapter le cadre européen aux nécessités du développement de la distribution digitale des œuvres culturelles »¹⁴⁷⁹. Selon eux, l'apport essentiel de l'arrêt *usedSoft* est d'ouvrir le débat sur cette question de la nature et du régime juridique de la copie de l'œuvre numérique licitement téléchargée par l'utilisateur. Pour conclure, il ne fait pas de doute, que les inexactitudes dogmatiques de la *CJUE* traduisent une décision politiquement orientée, répondant à des objectifs économiques. Il n'est pourtant pas simple de discerner si ces objectifs économiques traduisent la volonté de protéger uniquement le modèle économique de la commercialisation des logiciels, ou s'il s'agit d'étendre la portée de l'arrêt *usedSoft* en permettant l'épuisement de la distribution d'autres œuvres dématérialisées.

En fait, aucune justification économique ne commande d'opérer un traitement différencié entre les logiciels et les autres œuvres dématérialisées, et ce d'autant plus que le marché, afférant à la distribution de ces dernières, tend de plus en plus à prendre le pas sur le commerce « physique » traditionnel, notamment dans le domaine de la musique et des jeux vidéo. On peut donc considérer qu'il y a là assimilation des copies matérielles et immatérielles, peu importe, si ces copies immatérielles sont des logiciels ou d'autres œuvres. Un tel raisonnement permet d'effacer toutes les distinctions et constitue un argument en faveur d'une portée plus large de l'arrêt *usedSoft* pour d'autres œuvres dématérialisées.

Au niveau national, cependant, les tribunaux sont encore très réticents à suivre l'argumentation et les conclusions de la *CJUE*, ce qui, au vu des développements antérieurs, est parfaitement compréhensible, notamment en raison d'une remise en cause de la structure des droits et d'une argumentation juridique très controversée.

B- Réception de l'arrêt au niveau national

L'arrêt *usedSoft* a pour origine une question préjudicielle posée par la Cour fédérale de justice¹⁴⁸⁰. C'est pourquoi, la décision *usedSoft* et sa réception ont été très commentées en Allemagne.

Comment se résoudre à l'invoquer à l'appui des solutions les plus inattendues, si on veut sincèrement lui rester fidèle ? (...) le rôle de l'interprète est-il précisément, sous prétexte d'adaptation au milieu, d'en ruiner le contenu interne, pour y substituer les produits de sa propre élaboration, ou n'est-il pas plutôt de les protéger dans la mesure du possible contre toutes les déformations ?

¹⁴⁷⁸ F. POLLAUD-DULIAN, RTDcom 2012, p. 545.

¹⁴⁷⁹ S. LERICHE, J. RUELE, *ibid.*

¹⁴⁸⁰ Rappel des différentes instances: LG München I, Urteil vom 15.3.2007 = MMR 2007, 328; OLG München, Urteil vom 3.7.2008 = MMR 2008, 601; BGH, Beschluss vom 3.2.2011 – I ZR 129/08 = MMR 2011, 305 = GRUR-Prax 2011, 172.

1- Réception de l'arrêt *usedSoft* en Allemagne

L'arrêt a été réceptionnée de manière directe (a) et de manière indirecte pour des oeuvres ne constituant pas à proprement parler des programmes d'ordinateur (b) ou à tout le moins des oeuvres mixtes.

a- Réception directe de l'arrêt *usedSoft* en Allemagne

Deux affaires attirent l'attention en Allemagne. Il s'agit d'une part, du conflit opposant la société *Oracle* à la société *usedSoft* (aa) et d'autre part du conflit entre la société *Adobe* et *usedSoft* (bb).

aa- L'arrêt *usedSoft II* du BGH et son renvoi à la cour d'appel de Munich

C'est plus d'une année après l'arrêt *usedSoft* de la *CJUE* que la Cour fédérale de justice a réceptionné la décision européenne à l'échelle nationale par un arrêt appelé *usedSoft II*¹⁴⁸¹. Dans la publication de son arrêt du 17 juillet 2013, le *BGH* reprend cette décision qui rend licite la pratique dite des « licences d'occasion »¹⁴⁸² et expose les motifs. Pour partie, ces derniers constituent une répétition et une explication de l'argumentation de la *CJUE*, tout en donnant les raisons pour lesquelles l'argumentation de la requérante (en l'espèce la société *Oracle*) ne pouvait pas être suivie, alors même qu'il faut souligner que la décision de la *CJUE* ne règle pas le litige au fond.

En fait, la Cour fédérale de justice ne partage pas l'avis de la *CJUE* à propos de la définition de la notion de « propriété ». De même, elle ne partage même pas la thèse selon laquelle l'argumentation de la *CJUE* porterait atteinte à l'art. 6 du *WCT*. La réception de l'arrêt *usedSoft* par la Cour fédérale de justice allemande mérite particulièrement l'attention en ce que le *BGH* propose des indications détaillées en vue d'autres procédures similaires.

Tout d'abord, la Cour de justice fédérale a mis l'accent sur le fait que la charge de la preuve liée aux conditions prévues à l'art. 69 d al. 1 *UrhG* incombe au revendeur de logiciels, comme le prévoit d'ailleurs les principes généraux en droit allemand¹⁴⁸³. Tel est aussi l'opinion partagée par la doctrine allemande¹⁴⁸⁴. De plus, l'épuisement du droit de distribution

¹⁴⁸¹ BGH v. 17.7.2013 – ZR 129/08 : GRUR 2014, 264 – *usedSoft II*. Pour des commentaires, voir: K. BÄCKER, *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 – Usedsoft II* : ZUM 2014, 333 s. T. J. HEYDN, *BGH MMR 2014, 232 s.* (Anmerkungen, 239 s.); J. SCHNEIDER, G. SPINDLER *Der Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter“ Software im Praxistext. Der Umgang mit dem unabdingbaren Kern als Leitbild für Softwareüberlassungs-AGB und andere praxisrelevante Aspekte aus BGH, Ur.v.17.7.2013- I ZR 129/08- Usedsoft II* : CR 4/2014, p. 213-223; J. SCHOLZ, *Mögliche vertragliche Gestaltungen zur Weitergabe von Software nach „Usedsoft II“* : GRUR 2015, 142 s; M. STIEPER, *Zulässigkeit des Vertriebs gebrauchter Softwarelizenzen – Usedsoft II* : GRUR 2014, 264 s; Th. STÖGMÜLLER, *Erschöpfung des Verbreitungsrechts an per Download veräußerter Software* : GRUR-Prax 2014, 58 s.

¹⁴⁸² V. VARET, *De distorsions le droit (de reproduction) s'est épuisé* : PI, 2012, n°45, p. 384-387.

¹⁴⁸³ BGH, *usedSoft II*, n° 56.

¹⁴⁸⁴ Voir en ce sens, J. MARLY, *Der Handel mit Gebrauchtsoftware*, CR, Heft 3/2014, 30. Jahrgang, p. 145 (147).

présuppose que le programme d'ordinateur ait été mis en circulation avec le consentement du titulaire de droit. Une telle condition permet de s'assurer que le titulaire de droit a bien obtenu une rémunération correspondant à la valeur économique de la copie. Par là-même, Le *BGH*¹⁴⁸⁵ reprend le moyen déjà développé par la *CJUE*¹⁴⁸⁶, selon lequel la première vente de la copie concernée aurait déjà dû permettre au titulaire d'obtenir une rémunération appropriée. Peu importe que le titulaire de droit ait effectivement obtenu une rémunération correspondant à la valeur économique de l'œuvre¹⁴⁸⁷. En outre, l'épuisement du droit de distribution suppose qu'une concession d'un droit d'utilisation à durée indéterminée ait été faite au premier acquéreur, ce qui doit être prouvé par le revendeur de logiciels. Déjà à l'issue de la décision de la *CJUE* on pouvait supposer que les titulaires allaient contourner l'arrêt qui désavantage leurs intérêts, en ce qu'il allait non plus proposer des droit d'utilisation à durée indéterminé, mais bien des droits d'utilisation annuels, comme dans le cadre de location, telle l'application de *Software as a Service*, ou dans le cadre du *Cloud Computing*.

De plus, le *BGH*¹⁴⁸⁸ résume l'argumentation développée par la *CJUE*¹⁴⁸⁹, en ce que l'extension du principe de l'épuisement sur la copie de programme d'ordinateur mise à jour présuppose que les améliorations et les actualisations interviennent dans le cadre d'un contrat de maintenance, conclu par le premier acquéreur et *Oracle*. Dans ce cas, aussi, la charge de la preuve revient au revendeur de logiciel. Selon M. Marly, la Cour fédérale de justice interprète de manière erronée l'arrêt de la *CJUE*. En effet, on ne peut valablement soutenir que l'extension du principe de l'épuisement n'a vocation à s'appliquer que dans le cas où un contrat de maintenance est conclu entre le titulaire de droit et le premier acquéreur. En effet, le *BGH* omet de prendre en compte le fait que l'amélioration et l'actualisation d'un programme d'ordinateur sont souvent réalisées de manière gratuite et sans contrat de maintenance. En effet, elles sont souvent proposées à tous les utilisateurs de programme, notamment lorsque des failles de sécurité d'un logiciel doivent être fermées. Le *BGH* devrait donc compléter son argumentation en précisant que l'acquéreur subséquent peut utiliser les programmes actualisés dans le cadre du contrat de maintenance ou sous toute autre forme, dès lors qu'une telle acceptation a été acceptée par le titulaire de droit.

En outre, comme cela a déjà été souligné par la *CJUE*¹⁴⁹⁰, le *BGH* indique qu'il n'y a épuisement que si le revendeur rend sa copie inutilisable. De même, le revendeur du programme d'ordinateur doit en rapporter la preuve¹⁴⁹¹. Selon le *BGH*¹⁴⁹², il ne suffit cependant pas que le revendeur de programmes d'ordinateur donne à ses clients une attestation notariale, selon laquelle le premier acquéreur atteste qu'il est bien le titulaire régulier de la licence et qu'il n'utilise plus cette licence et qu'il a payé le prix complet d'achat. Ce qui est ici regrettable est que la Cour fédérale de justice ne se confronte pas à la décision de la cour d'appel de Frankfurt¹⁴⁹³. En effet, la cour d'appel de Frankfurt avait considéré comme suffisant le fait que le revendeur de logiciel montre un document de licence (*Lizenzurkunde*) tout comme un acte notarié. Le *BGH* aurait donc du détailler un peu plus, ce qui aurait facilité

¹⁴⁸⁵ *BGH, usedSoft II*, n°60.

¹⁴⁸⁶ *EUGH*, n°62 et 63.

¹⁴⁸⁷ Voir en ce sens aussi déjà, *OLG Frankfurt* du 18.12.2012 – 11U 68/11 : *GRUR* 2013, 279 (282) m. Anm. MARLY.

¹⁴⁸⁸ *BGH, usedSoft II*, n°62.

¹⁴⁸⁹ *EUGH*, n°64 à 68.

¹⁴⁹⁰ *EUGH*, n°70.

¹⁴⁹¹ *BGH*, n°64.

¹⁴⁹² *BGH*, n°64.

¹⁴⁹³ *OLG Frankfurt v. 18.12.2012 – 11 U 68/11, CR* 2013, 148 = *GRUR* 2013, 279 (282) m. Anm. Marly.

une application pratique. Le fait de dire que l'acte notarié ne suffit pas à prouver le fait d'avoir rendu inutilisable la copie du premier acquéreur n'apporte pas de réponse à la question de savoir comment la preuve doit être rapportée. Est-ce que les développements du *BGH* signifient que l'acte notarié doit comporter en plus des informations concernant le fait que le premier acquéreur a bien supprimé la copie ? De plus, on peut critiquer la formulation du *BGH*, qui précise uniquement qu'une seule copie (au singulier) doit être rendue inutilisable. Or, généralement, il n'existe pas seulement une seule copie, mais de nombreuses copies de sécurité et d'archivage. Ce sont précisément également ces copies que l'utilisation du programme d'ordinateur ne doit pas utiliser. C'est pourquoi, M. Marly propose la formulation suivante : le cédant devrait rendre sa copie, tout comme d'autres copies existantes, inutilisables¹⁴⁹⁴.

Par ailleurs, il faut souligner que l'arrêt *usedSoft* ne porte que sur un cas de logiciel client-serveur. Ce ne sont que pour ces licences que la *CJUE* a déclaré que le premier acquéreur ne doit pas garder la licence pour un nombre limité de personnes sur un serveur pour ensuite vendre les licences excédentaires. Cet argument est convainquant, puisque le nombre d'utilisateurs est n'est que difficilement contrôlable. Il faut se demander si la situation est comparable pour les licences en volume.

On peut alors envisager différentes positions : une première liée à la division, à la scission de licence en volume, de multi-licences, de licence groupée etc. A ce propos, la cour d'appel de Frankfurt¹⁴⁹⁵ a clairement pris position : selon elle, la division des paquets de licence est recevable et admissible. La division n'est impossible que lorsque le nombre de licences mise en circulation ne correspond plus au nombre de licence mises en circulation avec la volonté du titulaire de droit. Dans son arrêt *Usedsoft II*, le *BGH* problématise la division des licences, mais ne prend pas position¹⁴⁹⁶. Il ne réalise pas de différence liée aux programmes d'ordinateur. Ses développements ne concernent en effet que les logiciels entre clients et server. Puis, le *BGH* soulève à nouveau qu'il ne peut être dérogé contractuellement à l'exception de l'art. 5 al. 1 (ou selon l'art. 69 d al. 1 UrhG) de la directive sur les programmes d'ordinateur. Pour finir, la Cour fédérale précise que l'utilisation du programme d'ordinateur dans le sens de l'art. 69 d al. 1 UrhG se déduit du contrat de licence entre le titulaire de droit et le premier acquéreur¹⁴⁹⁷. L'acquéreur subséquent, doit pouvoir prendre connaissance de l'original ou d'une copie d'un contrat de licence entre un titulaire de droit originaire et le premier acquéreur. On parle alors d'une obligation de transférer le contrat (en allemand : *Pflicht zur Vertragsweitergabe*). Une mise à disposition sur internet serait-elle suffisante ?

On peut également penser que l'utilisation d'un programme d'ordinateur va être attachée à des mesures techniques de protection, afin d'être sûr que le premier acquéreur ne continue pas à utiliser un programme d'ordinateur¹⁴⁹⁸. Il est donc étonnant que la Cour fédérale de justice n'ait pas thématisée cette possibilité d'allier la technique au droit. Il est étonnant que l'arrêt *Usedsoft II* ne mentionne pas l'arrêt *Half Life 2*¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁴ J. MARLY, *Der Handel mit Gebrauchsoftware*, CR Heft 3/2014, 30 Jahrgang, p.145 (148) « Der Weiterveräußerer müsse seine Programmkopie nebst gegebenenfalls vorhandenen weiteren Kopien unbrauchbar machen ».

¹⁴⁹⁵ OLG Frankfurt v. 18.12.2012 – 11 U 68/11, CR 2013, 148 = GRUR 2013, 279 (282) m. Anm. MARLY.

¹⁴⁹⁶ BGH, n°63.

¹⁴⁹⁷ BGH, n°68.

¹⁴⁹⁸ H.-W. MORITZ : K&R 2012, 456 (458), M. WELSER : GRUR-Prax, 2012, 326 ; Th. HARTMANN : GRUR-Int. 2012, 980s.

¹⁴⁹⁹ BGH v. 11.2.2010 – I ZR 178/08 : CR 2010, 565 – *Half Life 2* note de J. MARLY.

Le *BGH* avait décidé à l'époque, que le principe de droit d'auteur de l'épuisement du droit de distribution n'était pas touché, lorsque le fabricant de logiciels programme un jeu d'ordinateur de telle sorte que ce jeu ne peut être utilisé qu'après l'attribution d'un identifiant individuel et que la transmission de cet identifiant est interdit sur le plan contractuel. Selon le *BGH*, une telle transmission n'était même pas possible, lorsque le *DVD* avec le jeu d'ordinateur n'était même pas possible en raison de l'impossibilité de jouer à ce jeu sans identifiant individuel¹⁵⁰⁰.

Finalement, le conflit de droit entre *Oracle* et *usedSoft* a pris fin en mars 2015 au profit de *Oracle*¹⁵⁰¹. En effet, dans la procédure de renvoi devant la cour d'appel de Munich, *usedSoft*, qui se trouve d'ailleurs en liquidation, n'a pas pu rapporter les preuves au sujet des conditions énumérées par la CJUE et complétées par le *BGH*, en vue de faire jouer l'épuisement des droits¹⁵⁰².

bb- L'arrêt *usedSoft III*

La Cour fédérale de justice a pu confirmer avec l'arrêt *usedSoft III*¹⁵⁰³ rendu en décembre 2014, que l'arrêt de la cour d'appel de Frankfurt¹⁵⁰⁴ respectait les conditions dégagées par l'arrêt *usedSoft*¹⁵⁰⁵ de la CJUE, reprises et complétées par la Cour fédérale dans son arrêt *usedSoft II*¹⁵⁰⁶.

En l'espèce, une entreprise qui réalisait des prestations de services pour le centre informatique d'un établissement religieux, a commandé pour le compte de la société *usedSoft* à un centre de distribution autorisé de *Adobe*, 40 licences d'un paquet de logiciel ou d'un progiciel¹⁵⁰⁷. La SARL *Cancom*, qui revend des licences agréées par *Adobe* a transmis une clef d'accès et un contrat de licence pour utilisateur final permettant au centre informatique de télécharger *online* les programmes d'ordinateur depuis une plateforme et d'enregistrer ce programme d'ordinateur sur 11 supports de stockage¹⁵⁰⁸. Ces 40 licences tout comme les 11

¹⁵⁰⁰ *BGH*, v. 11.2.2010 – I ZR 178/08 : CR 2010, 565 (566) – Rn. 21– *Half Life 2*.

¹⁵⁰¹ OLG München, Ordonnance du 2.3. 2015 note de T. J. HEYDN OLG München *Darlegungs- und Beweislast beim Handel mit Gebrauchsoftware* : MMR 2015, 397s. (Anmerkungen, 400 s.).

¹⁵⁰² T. J. HEYDN, *BGH: Weiterveräußerung von Volumenlizenzen für einen bestimmten Nutzerkreis – Usedsoft III* : MMR 8/2015, p.535-537.

¹⁵⁰³ *BGH*, Ur. v. 11.12.2014 – I ZR 8/13 : GRUR 2015, 772 nommé « *usedSoft III* ». Pour une analyse, voir: T. J. HEYDN, *BGH: Weiterveräußerung von Volumenlizenzen für einen bestimmten Nutzerkreis – Usedsoft III* : MMR 8/2015, p.535-537; A. SATTLER, *Erschöpfung des Verbreitungsrechts an Kopien eines Computerprogramms – Usedsoft III* : GRUR 2015, 772s. (Anmerkungen, 779 s.); Ch. CZYCHOWSKI *Erschöpfung des Verbreitungsrechts an Computerprogramm-Kopien* : GRUR-Prax 2015, 302 s.

¹⁵⁰⁴ OLG Frankfurt a. M., *Teilurteil* v. 18.12.2012 – 11 U 68/11 : GRUR 2013, 279 note de J. MARLY ; BeckRS 2013, 01262.

¹⁵⁰⁵ Arrêt de la CJUE, nommé « *usedSoft* ».

¹⁵⁰⁶ *BGH*, Ur. v. 17. 7. 2013, GRUR 2014, 264 nommé « *usedSoft II* ».

¹⁵⁰⁷ Pour un résumé des faits, voir *Erschöpfung des Verbreitungsrechts an Computerprogramm-Kopien*, GRUR-Prax 2015, 302, note de Ch. CZYCHOWSKI.

¹⁵⁰⁸ Pour une présentation détaillée des faits, voir *Erschöpfung des Verbreitungsrechts an Kopien eines Computerprogramms – UsedSoft III*, GRUR 2015, 772 (773), note A. SATTLER ; *Weiterveräußerung von Volumenlizenzen für einen bestimmten Nutzerkreis – Usedsoft III*, MMR 8/2015 (531), note de T. J. HEYDN.

supports de stockage ont immédiatement été transmis à la société *usedSoft* qui les a revendues.

Le *BGH* exclut une atteinte au droit d'auteur dans l'arrêt *usedSoft III*. Dans la droite ligne de l'arrêt *usedSoft*, il retient l'épuisement du droit de distribution. Dans l'arrêt *usedSoft III*, le *BGH* apporte des précisions liées aux conditions dans lesquels il y a épuisement du droit de distribution portant sur les œuvres que sont les programmes d'ordinateur déjà utilisés (en allemand : *Gebrauchsoftware*). La *CJUE* avait à ce propos énuméré un certain nombre de conditions, notamment le fait que les licences acquises ne doivent pas être scindées. A ce propos, le *BGH* constate que l'acquéreur de « licences en volume » est autorisé à scinder des licences prises de manière individuelles, sans pour autant aller à l'encontre de la jurisprudence de la *CJUE*. Le *BGH* ne laisse pas valoir que seule une clef d'accès ait été donnée. De plus, dans le but de rapporter la preuve de la « neutralisation » du programme d'ordinateur par le premier acquéreur, une attestation ou un acte notarié n'est pas suffisant. L'arrêt *usedSoft III* n'apporte pas de réponse quand à la preuve exacte devant être rapportée, puisque en l'espèce il ne faisait pas de doute que le premier acquéreur avait acquis le logiciel avec le but d'une revente immédiate. Par ailleurs, on peut souligner que la référence à la jurisprudence *OEM* montre clairement qu'une limitation quant au cercle de personnes atteint dans le cadre du premier contrat (ici les établissements de formation) n'entraîne pas une limitation de l'effet de l'épuisement.

Par conséquent, les acquéreurs d'un logiciel d'occasion ou d'un logiciel ayant déjà été utilisé doivent porter leur attention sur le fait que les conditions de la jurisprudence *usedSoft* doivent être remplies, s'ils veulent se prévaloir de l'épuisement de leurs droits. Par ailleurs, un simple acte notarié ne suffit plus à prouver la neutralisation de la copie par le premier acquéreur.

b- Réception de l'arrêt *usedSoft* par analogie ?

L'arrêt *usedSoft* a également été mentionné dans des arrêts rendus par des juridictions statuant sur des faits similaires. Ainsi, Une même association de consommateurs (*Verbraucherzentrale Bundesverband*, ci-après « *VB* ») a engagé plusieurs actions contre les conditions générales de plates-formes de vente en ligne d'e-books et d'audio livres numériques (aa) de jeux vidéo et de comptes de joueurs (bb). En effet, le droit allemand des contrats prévoit qu'une clause est inapplicable si elle méconnaît un principe essentiel du droit positif en sorte de placer le consommateur dans une situation de désavantage excessif¹⁵⁰⁹.

L'association demanderesse soutient que la règle de l'épuisement constitue un tel principe essentiel faisant obstacle aux clauses restreignant les droits des « acquéreurs » de fichiers d'œuvres téléchargés.

¹⁵⁰⁹ Littéralement, « *unangemessene Benachteiligung* ». Voir de manière plus précise, §§ 307- 309 BGB.

aa- Portée de la règle de l'épuisement concernant la vente en ligne d'e-books et d'audio livres numériques

Les juridictions allemandes ont rendues plusieurs décisions dans le cadre de deux actions relatives à la vente en ligne d'*e-books* et à la vente d'audio-livres numériques. Une première action a été engagée dès 2011¹⁵¹⁰, donc *avant* l'arrêt *Usedsoft* de la CJUE et a donné lieu à une ordonnance de clôture le 24 mars 2015 par la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Hambourg¹⁵¹¹, et une deuxième action a été engagée le 5 mars 2013 auprès du tribunal de grande instance (*Landgericht*) de Bielefeld¹⁵¹², et a donné lieu le 15 mai 2014 à un arrêt de la cour d'appel de Hamm¹⁵¹³, très commentée par la doctrine allemande.

Les deux actions concernaient une plate-forme de vente en ligne proposant le téléchargement ascendant (*download*) de *E-books* (première action), et d'audio livres numériques (deuxième action). Les conditions générales de la licence octroyée aux utilisateurs dans le cadre de tels téléchargements accordaient un «*droit simple et non-transférable*»¹⁵¹⁴ d'utiliser le contenu téléchargé à usage exclusivement personnel dans le respect du droit d'auteur. Dans le cadre de ces deux actions, une même association de consommateurs se prévalait de la règle de l'épuisement telle qu'appliquée dans l'affaire *Usedsoft c/ Oracle* pour reprocher à la plate-forme de «*limiter indûment les options disponibles sur les marchandises achetées*», qui ne pouvaient être utilisées comme le ferait un propriétaire. L'association critiquait en particulier *l'interdiction de revente des fichiers téléchargés* créant, selon elle, un désavantage excessif pour le consommateur.

L'action engagée auprès du tribunal de Bielefeld a permis de rejeter ces prétentions, jugeant que les termes de la licence en cause ne procuraient pas aux utilisateurs un désavantage excessif au regard notamment de la règle de l'épuisement du droit de distribution. Le tribunal rappelle que l'épuisement ne s'applique qu'au droit de distribution – et donc, à la circulation de copies tangibles – et non au droit de mise à la disposition ou au droit de reproduction. Dans son arrêt très détaillé, la cour d'appel de Hamm a donc refusé l'application de la théorie de l'épuisement pour la «*distribution*» *online* de livres audio.

Ces décisions se placent donc dans la droite ligne de la jurisprudence traditionnelle allemande et ne réceptionnent pas la jurisprudence *usedSoft*, tout du moins, en ce qui concerne le résultat. Se pose néanmoins la question de savoir, si certains aspects de l'argumentation ont été empruntés à l'arrêt *usedSoft*. Les développements suivants envisagent d'abord une appréciation des décisions rendues par le tribunal de Bielefeld et par la cour

¹⁵¹⁰ LG Hamburg, Urteil vom 20.09.2011 – 312 O 414/10, siehe z. B. BeckRS 2013, 19556.

¹⁵¹¹ Beschluss des Oberlandesgerichts Hamburg vom 24.03.2015 – 10 U 5/11 : ZUM 2015, 503.

¹⁵¹² LG Bielefeld, Urteil vom 05.03.2013 – 4 O 191/11–, juris. Pour une analyse de cette décision, voir: H. HANSEN, *Keine Erschöpfung beim Online-Vertrieb von eBooks* : GRUR-Prax 2013, 207 s.

¹⁵¹³ OLG Hamm, Urteil vom 15.05.2014 – I-22 U 60/13–, juris. Pour une analyse de cette décision, voir: L. KUBACH, F. SCHUSTER, *OLG Hamm : Keine Erschöpfung beim Download von Hörbüchern* : CR 8/2014, p. 498-506 (Anmerkung, 504 s.); M. BIEHLER, S. APEL, *Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 15. Mai 2014 – I-22 U 60/13 – Keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei per Download vertriebenen Hörbüchern* : ZUM 2014, 727 s.; HOEREN Thomas, JAKOPP Sebastian, *Der Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld, Notwendigkeit eines binnenmarktkonformen Verständnisses* : MMR 2014, 646 s.

¹⁵¹⁴ Traduit en français de «*das einfache, nicht übertragbare Recht [...] zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch gemäß Urheberrechtsgesetz [...] zu nutzen*». Voir par exemple, point 7 de l'arrêt OLG Hamm.

d'appel de Hamm, avant d'apprécier les décisions rendues par le tribunal et la cour d'appel de Hambourg.

Premièrement, la cour d'appel de Hamm¹⁵¹⁵ relève qu'il n'y a aucun acte de distribution et donc aucune application *directe* de la théorie de l'épuisement prévue au § 17 abs.2 de la loi sur le droit d'auteur allemand dans la présente affaire. Le tribunal de Bielefeld avait déjà souligné que la transmission en ligne de livres audio numériques et de *E-books* n'entraîne pas la circulation de copies tangibles et n'entraîne donc pas l'application du droit de distribution. Une telle transmission constitue plutôt un acte de *mise à la disposition du public* au sens de l'art. 19 a UrhG, qui justement ne connaît pas d'épuisement.

Pour justifier cette qualification juridique, la cour d'appel de Hamm se réfère à une interprétation historique des deux normes, en reprenant l'argumentation de la cour d'appel de Stuttgart¹⁵¹⁶ ayant rendu un arrêt en novembre 2011. On peut simplement noter, que la cour d'appel de Stuttgart confirme une jurisprudence allemande traditionnelle bien ancrée¹⁵¹⁷ avant l'arrêt *usedSoft*, selon laquelle l'épuisement des droits au sens de l'art. 17 al. 2 UrhG n'englobe que le droit de distribution d'exemplaires d'œuvres analogiques, mais non des exemplaires mis en circulation sur la toile dans un monde *online*. Par ailleurs, les juges de Stuttgart précisent que les clauses présentes dans les conditions générales d'affaires d'un éditeur de livres audio, qui interdisent l'exploitation et la transmission de données acquises par téléchargement ascendant sans le consentement de l'éditeur, ne défavorisent pas les clients de manière inappropriée¹⁵¹⁸. De telles clauses permettent aux éditeurs de garder un certain contrôle sur les œuvres, et empêchent la mise en place d'un marché secondaire d'œuvres, existant pourtant déjà pour les œuvres prenant la forme de logiciel.

On peut à ce propos évoquer la société *ReDigi* aux Etats-Unis, ayant lancé un service qui revendiquait d'exploiter « le premier marché de fichiers musicaux d'occasion du monde »¹⁵¹⁹. *ReDigi* a été poursuivie par la société *Capital Records* principalement pour violation du droit de reproduction et du droit de distribution, attachés aux œuvres musicales de son catalogue revendues dans le cadre de ce service en ligne. Dans sa version initiale, ce service en ligne proposait aux détenteurs de fichiers musicaux licitement acquis sur *iTunes* de s'en séparer en les revendant sur son site¹⁵²⁰. Le détenteur de fichiers musicaux pouvait alors envoyer (*upload*) chacun de ces fichiers vers l'espace de stockage de *Redigi (Cloud Locker)* situé sur des serveurs en Arizona. Un logiciel *Media Manager* vérifiait que l'utilisateur n'avait pas conservé de copie du fichier sur son ordinateur. Dès lors que l'utilisateur de ce service souhaitait vendre son

¹⁵¹⁵ revoir ce que la Cour d'appel de Hamm a repris du LG Bielefeld.

¹⁵¹⁶ Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 3. 11. 2011 – 2 U 49/11, ZUM 2012, 811 ; H. HANSEN, *Keine Erschöpfung beim Online-Vertrieb von Hörbüchern*, GRUR-Prax 2012, 143.

¹⁵¹⁷ OLG München (MMR 2008, 601), OLG Frankfurt (MMR 2010, 681), OLG Hamburg (BeckRS 2010, 18231), OLG Düsseldorf (GRUR-RR 2010, 4), OLG Zweibrücken (MMR 2011, 679) et OLG Karlsruhe (GRUR-RR 2012, 98).

¹⁵¹⁸ Traduction de l'allemand : « Eine Klausel in den AGB eines Hörbuchverlages, die die Verwertung und Weitergabe per *Download* erworbener Dateien ohne Zustimmung des Verlages verbietet, benachteiligt die Kunden nicht unangemessen », H. HANSEN, *Keine Erschöpfung beim Online-Vertrieb von Hörbüchern*, GRUR-Prax 2012, 143.

¹⁵¹⁹ « The world's first pre-owned digital Marketplace », cité par S. CHERQUI/E. EMILE-ZOLA-PLACE, « Retour sur la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques », *Légipresse* n°306 – Juin 2013, 343.

¹⁵²⁰ Pour plus de détails, voir le *Rapport de la commission consacrée à la seconde vie des biens culturels numériques*, 2015, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, présidentes de la commission, J. FARCHY, J.-A. BENAZERAF, p. 18 et s.

fichier, ce fichier demeurerait stocké sur le serveur de *ReDigi* jusqu'à ce qu'un acheteur se manifeste et le télécharge. Selon *ReDigi*, ce service ne porte donc pas atteinte au droit de reproduction, puisqu'aucune duplication n'a été faite. Tel n'est cependant pas le point de vue du juge qui a une vision très technique de la reproduction, et souligne que c'est la création d'un nouveau support matériel de l'œuvre qui détermine la mise en œuvre du droit de reproduction. Concernant le droit de distribution, *RediGi* oppose à Capital Records la doctrine de la *first sale*, codifiée à l'art. 109 (a) du *Copyright Act*, qui prévoit que le propriétaire d'une copie spécifique d'une œuvre, licitement réalisée est autorisé à vendre cette copie ou à en disposer autrement. Deux arguments sont évoqués par le juge permettant de rejeter l'argumentation de *Redigi*. Premièrement, *ReDigi* n'a pas vendu licitement les fichiers, puisqu'il y a atteint au droit de reproduction. L'épuisement du droit de distribution ne peut donc être invoqué. Deuxièmement, le juge rappelle que la règle de l'épuisement est limitée aux objets matériels, tel des disques par exemple. Or précisément, le juge considère que *Redigi* ne distribue pas des exemplaires matériels et en conclut qu'une telle activité n'est pas couverte par l'épuisement du droit de distribution. Finalement, le juge rappelle que l'*USCO*¹⁵²¹, dans son rapport sur le *DMCA*¹⁵²² avait rejeté en 2001 l'extension de la *first sale doctrine* à la distribution d'œuvres sous forme numérique « observant que les raisons qui justifient la *first sale doctrine* dans le monde physique ne peuvent être étendues au domaine numérique »¹⁵²³.

Une partie de la doctrine allemande désapprouve cependant une telle interprétation historique des normes¹⁵²⁴. La cour d'appel de Hamm ne justifierait pas véritablement, pourquoi « l'acquisition » par le biais d'un téléchargement de manière descendante d'un livre audio numérique ne peut pas être qualifiée de « distribution ». Comme le rappelle M. Ganzhorn, le recours à une telle interprétation historique est à manier avec prudence à partir du moment où les travaux préparatoires à la rédaction de l'art. 19a UrhG transposant la directive *InfoSoc* ont été rédigés dans les années 90. Malgré son argumentation détaillée la cour d'appel de Hamm ne discute pas le fait de savoir, si la vente d'un livre audio numérique par téléchargement descendant constitue un service voir même un service-*online*, dans quel cas la question de l'épuisement « ne se poserait pas », d'après le considérant 29 de la directive *InfoSoc*. Il aurait cependant été intéressant d'obtenir des précisions, quand aux critères permettant de distinguer un service-*online* d'une simple vente¹⁵²⁵. Il n'est pour l'instant pas clair, si l'application *directe* de la théorie de l'épuisement est susceptible d'être remise en cause en raison de l'application du droit de reproduction dans le cadre de la transmission d'un fichier du vendeur à l'acheteur. Selon une conception traditionnelle des droits, le droit de reproduction ne s'épuise pas. Cela n'empêche cependant pas d'appliquer la théorie de l'épuisement, dans le cas où la reproduction fait l'objet d'une exception et que le vendeur ait rendu la version originale de son œuvre inutilisable¹⁵²⁶.

¹⁵²¹ Copyright Office des Etats-Unis (USCO).

¹⁵²² Digital Millenium Copyright Act (DMCA).

¹⁵²³ « (...) noting that the justifications for the first sale doctrine in the physical world could not be imported into the digital domain », jugement p. 12.

¹⁵²⁴ Voir à ce sujet par exemple : M. Ganzhorn, *Ist ein E-Book ein Buch ? Das Verhältnis von Büchern und E-Books unter besonderer Berücksichtigung der Usedsoft-Rechtsprechung*, CR 8/2014, p. 492 s. ; L. KUBACH, F. SCHUSTER, *Anmerkung zu OLG Hamm : Keine Erschöpfung beim Download von Hörbüchern* : CR 8/2014, p. 498 s.

¹⁵²⁵ L. KUBACH, F. SCHUSTER, *Anmerkung zu OLG Hamm : Keine Erschöpfung beim Download von Hörbüchern*, CR 8/2014, p. 505.

¹⁵²⁶ Th. HOEREN, S. JAKOPP : *Der Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld, Notwendigkeit eines binnenmarktkonformen Verständnisses* : MMR 2014, 646 s.

C'est ce que souligne la cour d'appel de Hamm, qui ne suit pas l'argumentation du tribunal Hambourg¹⁵²⁷ considérant que du seul fait que la reproduction ne s'épuise pas, l'application directe de la théorie de l'épuisement n'a pas lieu d'être. Néanmoins, les développements de la cour d'appel de Hamm ne sont pas non plus convainquants puisque cette dernière considère que l'acheteur ne réalise qu'une seule copie du fichier sur un support physique¹⁵²⁸. Cette remarque de la cour d'appel de Hamm est étonnante, puisque le fichier audio peut bien sûr être directement téléchargé sur un ordinateur ou différents appareils mobiles. La question est permise de savoir, si la revente d'un fichier audio incluant l'équipement *hardware* constitue le mode « d'utilisation » le plus répandu¹⁵²⁹. On peut en douter. Puisqu'aucun acte de distribution n'a été qualifié, l'on comprend bien que la théorie de l'épuisement ne peut trouver à s'appliquer directement.

L'on peut cependant se poser la question de savoir, si l'on peut envisager une application de la théorie de l'épuisement par *analogie* au droit de « mise à disposition ». Quelles sont les conditions d'une application par analogie de l'épuisement ? Tout d'abord, l'absence d'épuisement du droit de « mise à disposition » doit constituer une lacune. A ce sujet, la CA de Hamm ne considère pas qu'il y ait une lacune au niveau de la rédaction de la loi. La justification de la CA de Hamm est pour le moins étonnante. En effet, selon la CA de Hamm, il n'y a pas de lacune dans la loi, en raison entre autre de l'échec d'une proposition de loi, dans le but de permettre la revente d'exemplaires incorporels. On ne peut pourtant pas en conclure que le législateur, en raison du rejet de cette proposition, ne considère pas que ce domaine doit être légiféré. Où est le lien de causalité ? En fait, on peut certainement en déduire que le législateur s'est prononcé contre l'épuisement du droit de mise à disposition. En effet, lors de l'achat d'un CD, il ne s'agit pas de l'achat du « support » mais bien du contenu de ce CD.

Même à considérer qu'il n'y a pas de lacune, l'on aurait pu envisager une équivalence, sur le plan économique.

Par ailleurs, les développements concernant la différence tout aussi bien sur le plan national qu'au niveau de la directive, ne livrent aucun nouvel argument quand à l'étendue de l'épuisement à des biens intangibles autres que des logiciels. En effet, le tribunal de Bielefeld avait déjà observé que l'arrêt *Usedsoft c/Oracle* a été rendue exclusivement sur le fondement de la directive Programmes d'ordinateur et ne s'applique par conséquent qu'à de tels programmes, mais non aux fichiers musicaux (livres audios etc...), et non plus aux e-books lesquels sont uniquement régis par la directive InfoSoc qui limite expressément l'épuisement aux objets tangibles. En effet, les livres audios ne sont pas des logiciels. Encore faut-il tout de même souligner que chaque œuvre comprend une partie logiciel.

L'on peut aussi souligner que la Cour ne prévoit pas le « transfert de propriété » autrement que pour un exemplaire corporel de reproduction, lorsqu'il s'agit d'exemplaires autres qu'un programme d'ordinateur. Cette décision ne tient donc pas compte de la décision de la CJUE.

Finalement, une appréciation par analogie n'est pas retenue par la cour d'appel de Hamm¹⁵³⁰. La cour d'appel de Hamm a approuvé le jugement du tribunal de Bielefeld ainsi que sa motivation, en réaffirmant que le principe de l'épuisement n'affectait pas le droit de mise à disposition aux fins de téléchargement des livres audio numériques et des *e-books* en cause.

¹⁵²⁷ LG Hamburg, 2011, BeckRS 2013, 19556.

¹⁵²⁸ OLG Hamm, arrêt du 15.05.2014, point 62, 63, 64.

¹⁵²⁹ Voir à ce sujet aussi, M. GANZHORN Marco : *Ist ein E-Book ein Buch ? Das Verhältnis von Büchern und E-Books unter besonderer Berücksichtigung der UsedSoft-Rechtsprechung*, CR 8/2014, p.492 s.

¹⁵³⁰ Voir M. BIEHLER et S. APPEL, Anmerkung Zu OLG Hamm : ZUM 2014, 727.

L'on retrouvera ici, les mêmes arguments que lors de la controverse liée à l'arrêt *usedSoft*, concernant la portée de l'épuisement. L'on comprend néanmoins la réticence des tribunaux à appliquer l'arrêt *usedSoft*. En effet, d'autres décisions des juridictions allemandes¹⁵³¹ avaient déjà été rendues dans le même sens, antérieurement à l'arrêt *usedSoft c/ Oracle*, et que cet arrêt, spécifique aux logiciels, ne modifie pas l'appréciation.

Néanmoins, un dernier argument de la CA Hamm est surprenant : En effet, la cour d'appel de Hamm soutient que l'interdiction de transférer un livre audio numérique ne contrevient pas au « but du contrat ». Selon la cour d'appel, l'utilisateur ne doit pas considérer qu'il est devenu propriétaire. L'utilisateur peut tout au plus obtenir des droits très limités. Pourtant, l'emploi de la terminologie de vente ne laisse pas de place au doute. Ce sont des bons arguments permettant de considérer que l'utilisateur a les mêmes droits qu'un propriétaire, alors même que le vocabulaire employé est mal choisi.

Par ailleurs, on peut critiquer le fait que l'arrêt ne discute pas la classification de ce contrat. La cour se contente d'observer que le droit dont bénéficie l'utilisateur – écouter l'œuvre et la lire, effectuer des copies privées – est conforme au libellé des conditions générales de la licence qui le décrit comme un droit d'usage simple et non-transférable ; les conditions générales ne sont donc pas trompeuses et correspondent à l'usage attendu par l'utilisateur.

Ainsi, la cour approuve ainsi le tribunal d'avoir jugé que les droits d'utilisation d'un *e-book* ou d'un audio livre numérique pouvaient être restreints par des conditions générales de ventes et que la revente de tels biens numériques était interdite sans consentement des ayants droits. La doctrine est partagée quand au fait de savoir, si le « *rejet* » de la révision est une bonne chose ou pas.

En première instance, le tribunal de grande instance de Hambourg¹⁵³² (*Landgericht de Hambourg*) a considéré que l'interdiction prévue dans les conditions générales de revente des œuvres était valable. L'association de consommateur a cependant fait appel de cette décision du tribunal de Hambourg. Par une ordonnance de clôture non susceptible de recours du 24 mars 2015, la cour d'appel de Hambourg a rejeté la demande en appel, en la considérant comme manifestement infondée.

En fait, la cour d'appel a fait référence à une ordonnance indicative considérant la demande en appel comme dépourvue de toute chance de succès¹⁵³³. Comme déjà vu, le cas présent concerne la validité des clauses prévues au niveau des conditions générales d'affaire, en ce qu'il est entre autres prévu que l'utilisateur final n'obtient pas la « propriété » d'un *e-book* acquis auprès du défendeur, ici *L. Internet GmbH*¹⁵³⁴. L'association des consommateurs partage le point de vue déjà évoqué dans le cadre de la présentation de l'affaire devant la juridiction de Bielefeld et devant la cour d'appel de Hamm. En tenant compte de la

¹⁵³¹ Voir à ce sujet, OLG Stuttgart, LG Stuttgart, LG Hambourg.

¹⁵³² LG Hambourg, décision du 20.09.2011 – 312 O 414/10. Voir à ce propos, BeckRS 2013, 19556. Pour un commentaire de la décision, voir N. RAUER, D. ETTIG, *Verkehrsfähigkeit von E-Books und anderen digitalen Werken* : GRUR-Prax 2015, 202 s.

¹⁵³³ Voir OLG Hamburg, *Keine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aus §17 abs.2 UrhG auf Online-Dienste* : ZUM 2015, 503 s.

¹⁵³⁴ Voir LG Hambourg, décision du 20.09.2011 – 312 O 414/10, BeckRS 2013, 19556. La clause concerne aussi bien les *e-books* que les audio-livres numériques, mais seule l'application de la clause au *e-books* fait l'objet de la décision.

jurisprudence *usedSoft* de la Cour de justice de l'Union européenne, les conditions générales de vente sont considérées comme nulles¹⁵³⁵ selon l'art. 307 abs.2 Nr.1 *BGB* et comme mettant en péril la cause du contrat¹⁵³⁶ d'après l'art. 307 abs.2 Nr.2 *BGB*.

Certains auteurs considèrent que c'est à juste titre que la cour d'appel de Hambourg, a refusé cette argumentation¹⁵³⁷. En faisant explicitement référence aux arrêts de la cour d'appel de Stuttgart¹⁵³⁸ et à l'arrêt de la cour d'appel de Hamm¹⁵³⁹, la cour d'appel de Hambourg a rejeté une expansion de la jurisprudence *usedSoft*, c'est à dire une application analogue de l'art. 17 *UrhG* et donc de l'épuisement pour « la mise en circulation » d'œuvres incorporelles, tel des *e-books*. Le principal argument (dérogeant de l'ordonnance indicative¹⁵⁴⁰) est le fait de considérer que la Cour de justice de l'Union Européenne considère que l'épuisement *online* pour des programmes ordinateurs prévue au niveau de la directive sur le programmes d'ordinateur, ce qui constitue une *lex-specialis* vis-à-vis de la directive *InfoSoc* et ne peut s'appliquer à d'autres œuvres. Puis il est évoqué l'argument traditionnel selon lequel une application par analogie de l'épuisement du droit de distribution n'a pas lieu d'être, puisque l'art. 19 a *UrhG*, postérieur à la réglementation du droit de distribution, ne prévoit pas de clause prévoyant l'épuisement. Il n'y a donc pas de lacune dans la réglementation¹⁵⁴¹.

Dans son ordonnance de clôture, la cour d'appel justifie son refus de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne au sens de l'art. 267 Abs. 3 TFUE concernant l'extension de la jurisprudence « *usedSoft* » sur les œuvres autres que les programmes d'ordinateur. Le sénat estime de manière lapidaire qu'aucun des cas prévus par la Cour fédérale de justice n'est applicable aux faits dont il s'agit en l'espèce. Par ailleurs, la Cour n'a pas totalement méconnu l'application de la jurisprudence européenne. L'interprétation de l'épuisement tel qu'il est interprété en droit allemand est tout à fait compatible, selon le sénat, avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. L'interprétation différente d'une cour d'Amsterdam ne conduit pas à une appréciation différente liée au fait de poser ou non une question préjudicielle. En effet, l'arrêt de la cour d'Amsterdam ne lie aucunement la cour de Hambourg, et a d'ailleurs été abrogé par l'instance supérieure¹⁵⁴².

Il est regrettable que la cour d'appel de Hambourg n'ait pas soumise de question préjudicielle devant la *CJUE*. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne tout comme la jurisprudence du *BVerfG*¹⁵⁴³, les seuls cas dans lesquels il n'est pas nécessaire de poser une question préjudicielle en dernière instance sont ceux dans lesquels une réponse a déjà été apportée à propos d'une même question relative à une même norme par la *CJUE*¹⁵⁴⁴. Dans la présente affaire, on peut douter du fait que les critères aient été remplis. En effet, la *CJUE* n'a justement pas considéré de manière explicite que l'épuisement

¹⁵³⁵ En allemand: *nichtig*.

¹⁵³⁶ En allemand: *als den Vertragszweck gefährdend*.

¹⁵³⁷ APPEL Simon, *Keine Anwendung der « Usedsoft »-Rechtsprechung des EuGH jenseits von Computerprogrammen – Eine Bestandsaufnahme zur Erschöpfung bei « gebrauchten » digitalen Gütern* : ZUM 2015, 640.

¹⁵³⁸ OLG Stuttgart, 3 nov. 2011, ZUM 2012, 811-815. Pour un commentaire de cet arrêt, voir H. HANSEN : GRUR-Prax 2012, 143 s.

¹⁵³⁹ OLG Hamm, 15 mai 2014 : ZUM 2014, 715 s.

¹⁵⁴⁰ Voir OLG Hambourg BeckRS 2015, 08175.

¹⁵⁴¹ Voir OLG Hambourg BeckRS 2015, 08175.

¹⁵⁴² Voir à ce sujet, *Gerechthof Amsterdam*, 20.1.2015 – 200.154.572/01 SKG.

¹⁵⁴³ *BVerfG*: Bundesverfassungsgericht – Conseil constitutionnel allemand.

¹⁵⁴⁴ U. KARPENSTEIN, in : Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 55. EL 2015 Art. 267 Rn. 54 ff.

online ne s'applique pas dans le contexte de la directive *InfoSoc*¹⁵⁴⁵. Au vu de la controverse très massive liée à la portée de l'épuisement, on ne peut pas considérer qu'une portée limitée de l'épuisement aux œuvres logicielles et non applicables aux œuvres autres que logicielles ne suscite aucun doute. En ce sens, on peut d'ailleurs citer un arrêt de la Cour des Pays-Bas, qui réceptionne l'arrêt *usedSoft* quant au résultat¹⁵⁴⁶.

bb- Portée de la règle de l'épuisement concernant la vente en ligne de jeux vidéos et de comptes de joueurs.

Dans cette affaire, la même association de consommateurs a poursuivi *Valve*, un éditeur de jeux vidéo, pour sa plate-forme *Steam*. Cette plate-forme permet aux utilisateurs ayant préalablement créé un propre compte de télécharger des jeux qui sont mis à jour automatiquement, ainsi que du contenu pour des jeux, de gérer la partie multijoueur des jeux et de bénéficier de nombreux outils communautaires autour des jeux utilisant *Steam*. A partir du moment où le jeu est lié en soi au compte *Steam* d'un utilisateur, il est impossible d'y jouer sans être connecté à ce compte. Ainsi, ce jeu ne peut être revendu sans l'ensemble du compte et, de fait tous les jeux qui lui sont attachés. Or précisément, les conditions générales de *Steam* stipulent l'interdiction de la revente et de l'échange de comptes de joueurs.

Il faut à ce propos souligner que l'association de consommateurs avait déjà poursuivi l'invalidation de cette clause des conditions générales de *Valve*, en contraction, selon elle, avec le principe de l'épuisement qui devrait valoir aussi bien pour les jeux sur supports tangibles, que pour les jeux en ligne. Son action avait cependant été rejetée par la Cour fédérale en 2010.

En se prévalant de l'arrêt *usedSoft c/ Oracle*, l'association de consommateurs a réalisé une nouvelle action devant le tribunal de grande instance de Berlin, sans succès. En premier lieu, le *Landgericht* observe que dans l'affaire *usedSoft c/ Oracle*, la CJUE avait jugé que l'épuisement « ne se rapporte pas à des contrats de service, tels que des contrats de maintenance¹⁵⁴⁷ » et, qu'en l'occurrence, *Steam* proposait une multitude de services, tels que le « *matschmaking* », la fourniture des mises à jour, le fonctionnement des serveurs pour la dimension multijoueurs. En second lieu, le tribunal de Berlin juge qu'en tout état de cause, l'extension par l'arrêt *usedSoft c/ Oracle* de la règle de l'épuisement aux intangibles ne s'applique pas aux jeux vidéo. En effet, les jeux vidéos relèvent, notamment en raison de leur composante audiovisuelle, de la directive *Société de l'information* et non de la directive *Programmes d'ordinateur* comme l'a d'ailleurs jugé la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Nintendo*. Le tribunal a par conséquent refusé de déclarer la clause litigieuse des conditions générales de *Steam* inapplicable.

¹⁵⁴⁵ Voir à ce propos, Th. HOEREN/J. JAKOPP : MMR 2014, 646, 649 m. Fn. 30.

¹⁵⁴⁶ Voir à ce propos S.APEL, *Keine Anwendung der « Usedsoft »-Rechtsprechung des EuGH jenseits von Computerprogrammen – Eine Bestandsaufnahme zur Erschöpfung bei « gebrauchten digitalen Gütern »* : ZUM 2015, 640.

¹⁵⁴⁷ Voir à ce propos l'arrêt *usedSoft c/ Oracle* §66 : « Il y a lieu de relever que l'épuisement du droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur au titre de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24 ne concerne que les copies qui ont fait l'objet d'une première vente dans l'Union par le titulaire du droit d'auteur ou avec son consentement. Il ne se rapporte pas à des contrats de services, tels que des contrats de maintenance, qui sont dissociable d'une telle vente et qui ont été conclus, le cas échéant pour une durée déterminée, à l'occasion de ladite vente ».

2- Réception théorique en France

L'un des apports de l'arrêt *usedSoft* est de considérer que le principe de l'épuisement s'étend au droit de distribution des logiciels sur supports *immatériels*. Jusqu'alors pourtant, en France et en Allemagne, le principe de l'épuisement était précisément limité aux droits de distribution des logiciels sur supports *matériels*, c'est-à-dire sur supports tangibles. D'ailleurs, l'emploi du terme « exemplaires » à l'art. L.122-6 3° *CPI*¹⁵⁴⁸, transposant le principe de l'épuisement du droit de distribution de la première directive concernant les programmes d'ordinateur, est traditionnellement interprété par les juridictions françaises comme cantonnant l'épuisement aux ventes sur supports *matériels*. De plus, l'art. L.122-3-1 du *CPI* résultant de la transposition de la directive *InfoSoc* postérieure à la première directive concernant les programmes d'ordinateur, révèle explicitement que l'épuisement n'est prévu qu'en cas de « première vente d'un ou des exemplaires *matériels* ».

Par conséquent, les tribunaux français ont estimé à de nombreuses reprises que la licence d'utilisation de logiciels installés sur du matériel informatique revendu ne pouvait être considérée comme une vente de l'exemplaire *matériel* du logiciel entraînant l'épuisement du droit de distribution. On peut même souligner que la cour d'appel de Paris a été très ferme dans le refus de la théorie de l'épuisement du droit, en ce qu'elle a considéré que « la licence d'utilisation [...], n'épuise pas les droits du fournisseur qui les conserve tous, y compris celui de le (*logiciel*) retirer du marché »¹⁵⁴⁹.

Par ailleurs, la simple habitude contractuelle en France rend la réception de l'arrêt *usedSoft* complexe. Au regard du droit français, il est en effet bien difficile de considérer que la « mise à disposition » d'une copie *immatérielle* d'un logiciel peut revêtir la qualification de vente. La pratique des licences « perpétuelles » y est, par principe, proscrite du fait du principe de prohibition des engagements perpétuels. Par conséquent, la transposition de la solution de l'arrêt *usedSoft* en droit français est source d'interrogation.

Même s'il semble peu probable que les juges français caractérisent la « mise à disposition » d'une copie *immatérielle* d'un logiciel de *transfert de propriété*, les juges nationaux, dans le sillon de la jurisprudence européenne, devront s'attacher à rechercher si, par « la mise à disposition de la copie du logiciel et l'octroi d'un droit d'usage, le fournisseur d'origine a entendu permettre l'acquisition de façon définitive de la faculté de se servir de cette copie dont il s'est dessaisi de manière définitive, en contrepartie du paiement d'un prix forfaitaire correspondant à la valeur de cette copie »¹⁵⁵⁰. Bien que cet aspect fasse l'objet de controverses déjà évoquées par la doctrine française, l'exigence d'une rémunération « appropriée » est une notion fondamentale, permettant d'apprécier le juste équilibre entre l'exercice du monopole d'un droit exclusif de propriété intellectuelle, d'une part, et le principe de libre circulation dans l'Union d'autre part. D'ailleurs, cette notion de rémunération a déjà été mentionnée dans une jurisprudence antérieure de la *CJUE*¹⁵⁵¹. En effet, l'exigence d'une rémunération supplémentaire par le « fournisseur » (dans l'affaire *usedSoft*, par exemple *Oracle*) sous prétexte que la copie a été fixée par téléchargement (ce qui permet de la

¹⁵⁴⁸ « Première vente d'un exemplaire matériel ».

¹⁵⁴⁹ CA Paris, , n°93/491 etc... 'voir S. LERICHE, J. RUELLE, *L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée (à propos de l'arrêt usedSoft c/ Oracle, CJUE, 3 juillet 2012)* : RLDI, 2012, n°86.

¹⁵⁵⁰ A. LEFÈVRE, *La mise à disposition de copies de logiciels par téléchargement sur Internet épuise le droit exclusif de distribution de l'éditeur sur ces copies* : RLDI, 2012/85, n° 2845.

¹⁵⁵¹ Voir l'arrêt *Football Association*.

« distribuer » plus facilement) et non sur un support physique, reviendrait selon certains auteurs « non pas à protéger l'objet spécifique du droit d'auteur, mais à amplifier le monopole d'exploitation de ce dernier »¹⁵⁵².

Conclusion du Chapitre II

La chapitre II a permis de montrer que le droit de distribution constitue explicitement une exploitation sous forme *corporelle* en Allemagne. Par analogie, il n'est donc pas surprenant que le *pendant* du droit de distribution en France se situe dans l'orbite du droit de reproduction. La France utilise la terminologie de « droit de destination » traduisant une toute autre approche que le droit de distribution. En effet, la prérogative du droit de destination constitue un « prolongement du principe d'exclusivité de l'auteur ». L'auteur est donc fondé, en vertu du droit de destination, à contrôler l'utilisation privée des exemplaires de son œuvre dès lors que cette utilisation préjudicie ses intérêts légitimes. Le droit de destination vise l'utilisation finale de l'œuvre et va au-delà d'un droit ne portant que sur l'exploitation d'une œuvre. Le droit de distribution est plus restreint dans sa portée et qui plus est, en conformité avec les textes européens qui prévoient son épuisement. Il s'agit ici d'une grande différence entre le droit d'auteur allemand et français, et on ne peut que constater ici l'échec d'une harmonisation des concepts, pourtant voulue au niveau européen.

Néanmoins, la mention du droit de distribution dans la directive 2001/29/CE, traitant de l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans *la société de l'information* est étonnante. Ne vient-on pas de souligner que le droit de distribution constitue un droit d'exploitation sous forme *corporelle*, c'est-à-dire directement lié à une œuvre corporelle, incorporée dans un support matériel ? Nul doute que le droit de distribution ait été conçu pour un monde analogique alors qu'il s'agissait de distribuer des œuvres incorporées à un support, telles que du mobilier *design*. L'arrêt *usedSoft* rendu en 2012 a provoqué un véritable *tsunami* dans le monde du droit d'auteur, puisqu'il s'agissait de la première affaire ayant permis à la Cour de justice de l'Union européenne d'appliquer le droit de distribution dans le monde numérique. Qualifier le droit de distribution d'un droit sous forme « corporelle » induit en erreur. Le droit de distribution s'applique aussi dans un contexte numérique et la portée de son épuisement fait toujours l'objet de controverses.

Conclusion du Titre II

Alors que l'impression des œuvres littéraires et scientifiques a permis de mettre en lumière l'importance du droit de reproduction dans un monde analogique, le monde numérique permet le visionnage d'une œuvre sous forme dématérialisée. Un droit d'exploitation « corporelle » a-t-il encore une raison d'être, dans un monde numérique ? La réponse est positive, puisque les reproductions provisoires, par exemple, sont inhérentes au fonctionnement d'*internet*. Néanmoins, considérer que le droit de reproduction est un droit « sous forme corporelle » induit en erreur. L'irruption de la notion de dématérialisation, en raison des technologies numériques, au sein du droit de reproduction, voir même du droit de distribution, longtemps mis en œuvre dans un contexte analogique, permet un nouvel éclairage des deux droits de sorte que leurs rédactions devraient être révisées par le législateur.

¹⁵⁵²A. LEFÈVRE, *ibid.*

Néanmoins, les contours du droit de reproduction et la portée de l'épuisement du droit de distribution restent très controversés.

Premièrement, la *CJUE* ne reconnaît une reproduction provisoire que lorsque cinq conditions cumulatives sont remplies. Comment définir le caractère transitoire et accessoire d'une reproduction ? Les terminologies « transitoire » et « accessoire » sont-elles synonymes ? Quels paramètres permettent d'apprécier la dimension économique d'une reproduction ? L'exception de reproduction provisoire est-elle soumise au test des trois étapes ? La reproduction provisoire constitue-t-elle une exception au droit de reproduction, où permet-elle de restreindre l'étendue du droit exclusif de reproduction ? Quelle est sa nature ? La *CJUE* argumente en faveur de la reconnaissance d'une véritable exception, tout en n'apportant pas de réponse satisfaisante et cohérente permettant de cerner les contours et le contenu d'une telle exception. La thèse plaide en faveur d'une restriction de l'étendue du droit exclusif de reproduction pour un droit d'auteur moins large mais plus fort et envisage l'intervention du législateur européen et national.

Deuxièmement, la portée de l'épuisement du droit de distribution reste très controversée après l'arrêt *usedSoft*. De nombreux arguments peuvent être avancés en faveur d'une portée large de l'épuisement du droit de distribution. L'élargissement de la théorie de l'épuisement entraînerait l'avènement d'un marché secondaire des licences logicielles. Certains ont même envisagé une extension de l'épuisement des droits de distribution à d'autres œuvres culturelles dématérialisées. Néanmoins, les solutions dégagées par l'arrêt *usedSoft* peuvent être contournées sur le plan contractuel et commercial, si bien que sa portée pratique reste limitée. Les juridictions nationales en France et en Allemagne, refusent jusqu'à présent l'application de la théorie de l'épuisement pour la « distribution » *online* des livres audio, préférant la qualification juridique de communication au public, ne connaissant justement pas d'épuisement. Sur le plan juridique, néanmoins, l'épuisement du droit de distribution appliqué dans un contexte *online* par l'arrêt *usedSoft* à des œuvres dématérialisées reste inédit. Néanmoins, on ne peut faire abstraction du fait que les motivations économiques à l'origine de la décision *usedSoft* relativisent la portée juridique de cet arrêt.

Conclusion de la Partie I

Au terme de la première partie de thèse, il apparaît que la Cour de justice de l'Union européenne, notamment en ce qui concerne le droit de communication au public, s'est singulièrement affranchie des textes dont elle est pourtant chargée de livrer l'interprétation. La *CJUE* ne s'est pas uniquement écartée de la lettre des dispositions européennes devant être lues à la lumière des textes internationaux, elle en a ignoré en partie l'esprit, bien qu'elle ne cesse pas de rappeler elle-même l'objectif de protection élevée des intérêts des ayants droit. Concernant le droit de communication au public, le bilan fait apparaître un foisonnement de critères au gré d'une jurisprudence sinueuse et incohérente. Par conséquent, les ayants droits ne peuvent compter ni sur la prévisibilité, ni sur la sécurité que l'on est en droit d'attendre d'un système juridique et les juges nationaux ne disposent d'aucun éclaircissement véritablement opérationnel de la part de la *CJUE*. Comment définir la notion de communication au public ? La question reste sans réponse. L'harmonisation souhaitée du droit de communication au public est donc loin d'être atteinte.

L'analyse est toute aussi frustrante concernant la notion de reproduction, puisque les critères dégagés par la *CJUE* au sujet de l'interprétation autonome de la notion de

reproduction provisoire au sens de l'art. 5 (1) de la directive *InfoSoc* sont tout aussi confus. Le même constat d'échec est à faire concernant l'étendue de l'épuisement du droit de distribution dans l'arrêt *usedSoft*. Critiquée sur le plan dogmatique, l'affaire *usedSoft*, motivée par des considérations économiques et politique, est de portée incertaine, notamment en ce qui concerne les implications pour des œuvres commercialisées sous forme de E-book ou dans le domaine du téléchargement de musique. Toujours est-il que l'existence d'un transfert de propriété, qui transforme l'acte de communication au public prévu à l'art. 3 de la directive 2001/29/CE en un acte de distribution visé à l'art. 4 de cette même directive et soumis au principe d'épuisement, entraîne une confusion totale des prérogatives et suscite à juste titre l'étonnement. Ainsi, la métamorphose d'un acte de communication insusceptible d'épuisement en un acte de distribution, sujet à épuisement ôte sa cohérence et sa prévisibilité à la définition des droits exclusifs de la directive 2001/29/CE et remet en cause la structure des droits, c'est-à-dire notamment la *summa divisio* entre un droit d'exploitation sous forme corporelle et un droit d'exploitation sous forme incorporelle.

PARTIE II- DE LEGE FERENDA: APPRECIATION DE LA STRUCTURE DES DROITS ET NOUVELLE DEFINITION DES DROITS

La dématérialisation, la convergence des techniques et l'interactivité qui en résulte invite à vérifier la pertinence de la structure et de la définition traditionnelle des droits exclusifs d'exploitation en vue de leur application. Le monde numérique remet-il en cause la structure et la définition traditionnelle des droits exclusifs d'exploitation (TITRE I) ? Si tel est le cas, comment redessiner les contours et clarifier le contenu des droits exclusifs d'exploitation (TITRE II) ?

TITRE I- REMISE EN CAUSE DE LA STRUCTURE ET DE LA DEFINITION TRADITIONNELLE DES DROITS D'EXPLOITATION ?

La structure des droits sous la forme d'une *summa divisio* en droit allemand et français, et les contours des droits exclusifs d'exploitation permettent-ils de cerner les nouvelles utilisations des œuvres dans un monde numérique dématérialisé, favorisant plus que jamais l'interactivité entre les utilisateurs-consommateurs, les titulaires de droits et les intermédiaires que sont par exemple, les prestataires de services ?

L'environnement numérique remet-il en cause la structure traditionnelle des droits et leur définition ? La distinction corporelle et incorporelle de la structure traditionnelle des droits est-elle devenue inadaptée à l'environnement numérique ? (Chapitre I) Faut-il redéfinir les contours et le contenu de la notion d'exploitation ? (Chapitre II).

CHAPITRE I- UNE DISTINCTION CORPORELLE/INCORPORELLE DEVENUE INADAPTEE ?

Le droit d'auteur allemand et français accorde aux auteurs un monopole d'exploitation divisé en deux prérogatives : le droit de représentation, ou l'exploitation sous forme incorporelle (selon la loi allemande) et le droit de reproduction, ou le droit d'exploitation sous forme corporelle. Les deux droits d'exploitation correspondaient à l'origine aux deux moyens, pour le public, d'entrer en relation avec une œuvre : par un support, en ce qui concerne le droit de reproduction, ou par un spectacle vivant, pour ce qui concerne le droit de représentation. Force est de constater que l'époque contemporaine a multiplié les moyens d'entrer en relation avec des œuvres. La question est donc la suivante: La *summa divisio* reste-t-elle adaptée à l'environnement numérique ?

Après avoir rappelé l'origine et le fondement logique de la *summa divisio* en droit allemand et français, il est nécessaire d'évaluer la pertinence du critère de distinction des deux droits dans le contexte numérique (section 1). La suite (section 2) discute une application difficile de l'un ou de l'autre des droits lors de la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre profitant des techniques propres au monde numérique.

Section préliminaire : Structure binaire du droit exclusif d'exploitation et son fondement

Avant de rechercher le critère de distinction des deux droits et d'analyser sa pertinence dans un monde numérique, il est nécessaire de présenter rapidement le principe de cette distinction binaire tel que posé par le législateur en France et en Allemagne. Cette *summa divisio* est le dénominateur commun du droit d'auteur allemand et français (§1). La structure binaire ne se détachant pas explicitement de la lecture de la directive *InfoSoc*, il faut vérifier l'existence d'une telle distinction des droits sur le plan européen (§2).

§ 1 - Une même structure binaire du droit exclusif d'exploitation en France et en Allemagne

Les deux grands systèmes juridiques d'Europe continentale reconnaissent deux prérogatives à l'auteur ou au titulaire de droits à savoir le droit de représentation (ou l'exploitation sous forme incorporelle) et le droit de reproduction (ou l'exploitation sous forme corporelle). En France, cette structure binaire est systématisée à l'art. L.122-1 du *CPI* qui dispose que « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ». En droit d'auteur allemand, cette dichotomie est explicitement consacrée par la loi à l'art. 15 UrhG, puisque l'art. 15 (1) dispose que l'auteur a le droit exclusif d'exploiter son œuvre sous forme corporelle (*in körperlicher Form*) et que

l'alinéa (2) de ce même art. reconnaît à l'auteur le droit exclusif de communiquer au public son œuvre sous forme incorporelle (*in unkörperlicher Form*)¹⁵⁵³.

Néanmoins, devant la grande diversité des modes d'exploitation d'une œuvre, les ordres juridiques français et allemands connaissent deux manières d'appréhender la structure des droits exclusifs d'exploitation. La présentation de ces approches diamétralement différentes, constituant une des plus grande différence structurelle entre le droit d'auteur allemand et français, précédera son appréciation.

A- Summa divisio et approche synthétique en France

« Les prérogatives patrimoniales de l'auteur, à l'image de celles qui avaient été reconnues par les révolutionnaires, sont présentées dans la loi du 11 mars 1957 [...] de façon synthétique¹⁵⁵⁴ ». Le style législatif adopté pour la rédaction de l'énoncé est emblématique de 469 l'économie de moyens¹⁵⁵⁵, caractéristique de la loi de 1957, partiellement imitée par la loi de codification de 1992¹⁵⁵⁶. Cet esprit de synthèse est largement soutenu par la doctrine française¹⁵⁵⁷. Limitée à deux droits patrimoniaux conçus de manière suffisamment large et compréhensive, la sphère patrimoniale a, en principe, vocation à couvrir tous les actes d'exploitation possibles¹⁵⁵⁸. Comme l'a développé M. Pollaud-Dulian en 1989 dans sa thèse, « cette division en deux droits principaux, ayant chacun une acception très large, a permis et permet encore au droit français de faire face aux mutations et aux besoins nouveaux du droit d'auteur, d'une façon satisfaisante : elle donne à la législation sur la propriété littéraire et artistique une capacité d'adaptation bien plus grande que l'énumération de prérogatives spéciales, strictement définies... »¹⁵⁵⁹. En bref, l'art législatif français offre l'avantage de la souplesse et s'adapte aisément aux mutations et aux changements¹⁵⁶⁰ engendrés par l'utilisation de nouvelles technologies.

¹⁵⁵³ Pour un commentaire approfondi de ce paragraphe, voir entre autres : J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A. § 15, n° 41-56.

¹⁵⁵⁴ Voir entre autres : A.ROBIN : J.-Cl. PLA, Fasc. 1240 : *Propriété littéraire et artistique. – Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation*, n° 13.

¹⁵⁵⁵ Voir notamment : F. POLLAUD-DULIAN, « La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans : bilan et perspectives » : RIDA n°213, juill. 2007, p. 3 et suiv. (particulièrement, p. 17). De manière plus générale, sur les vertus d'une législation *a minima*, voir J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, réed. Champs Flammarion, 2006, p. 106 : « Une limitation du nombre des normes, mesurée aux besoins réels de la société, une sobriété qui bride la passion du droit ».

¹⁵⁵⁶ Voir notamment, A. FRANÇON, « la voie de la codification et systématisation du droit d'auteur – l'exemple de la France (Code de la propriété intellectuelle de 1992) », in : ALAI, *La mise en œuvre des droits d'auteur – Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin 16-19 juin 1999, p. 257 et suiv.

¹⁵⁵⁷ Voir entre autres : Ch. CARON, n°308, p. 277 et suiv.; M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, n° 516, p. 460; F. POLLAUD-DULIAN, n° 937 et n° 938, p. 699 et suiv.

¹⁵⁵⁸ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n° 254, p. 251.

¹⁵⁵⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur* : LGDJ, 1989, n°152.

¹⁵⁶⁰ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n° 255, p. 252.

B- Summa divisio et approche analytique en Allemagne

Alors que la structure des droits est synthétique en France, elle est analytique en Allemagne, puisqu'elle énumère de façon précise les prérogatives de l'auteur. Comme le soulignent à de nombreuses reprises les développements précédents, la loi allemande relative au droit d'auteur et aux droits voisins reconnaît de nombreux droits d'exploitation différents, tel le droit de distribution (art. 17 UrhG), le droit de mise à disposition (art. 19 a UrhG), tout comme le droit de communication au moyen d'un enregistrement visuel ou sonore (art. 21 UrhG), c'est-à-dire entre autre, la projection publique, ou le droit de communication d'émissions radiodiffusées et de mises à disposition (art. 22 UrhG), c'est-à-dire, entre autre, la transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée etc. Il est intéressant de constater que la doctrine allemande ne remet que très rarement en cause le bien fondé de cette énumération des droits, et cherche au contraire à distinguer de manière toujours plus précise les différents droits d'exploitation. Les thèses ou travaux de recherche portant sur les droits d'exploitation en Allemagne, s'appliquent donc plutôt à affiner et à rechercher des critères permettant de distinguer les droits, plutôt que de remettre en cause cette distinction et de proposer un rapprochement des droits. Dans le cadre de sa thèse, M. Koof recherche par exemple de nouveaux critères permettant de distinguer le droit de mise à disposition (art. 19 a UrhG) et le droit de télédiffusion (art. 20 UrhG). Cette distinction systématique des droits se traduit par l'utilisation d'une terminologie symptomatique, puisque M. Koof ne cesse de faire référence à une nécessité de « démarcation¹⁵⁶¹ » des droits, et que la plupart de ses développements sont consacrés à la recherche d'une « délimitation des droits¹⁵⁶² », ou encore à la « concrétisation des critères de différenciation¹⁵⁶³ » etc. En Allemagne, on propose même dans un certain nombre de travaux la création de nouveaux droits d'exploitation¹⁵⁶⁴, jugeant la distinction des droits pas assez précise encore. On constate donc que la structure des droits d'exploitation en France et en Allemagne évolue *de lege ferenda* de manière diamétralement opposée.

C- Appréciation

Un tel constat permet de comprendre que les deux conceptions des droits d'exploitation *de lege lata* sont souvent présentées comme s'affrontant : d'une part, la conception française est large et ouverte et d'autre part, la conception allemande est détaillée et fermée¹⁵⁶⁵. A première vue, la « souplesse et la simplicité de la première conception sont mises en balance avec la rigidité et la complexité de la seconde¹⁵⁶⁶ ». Ce propos tranché tenu par M. Pignatari doit cependant être nuancé. Tout d'abord, il ne semble pas approprié de qualifier la conception allemande des droits comme étant fermée. Qu'entend-t-on par une conception fermée des droits dans ce contexte ? En Allemagne tout comme en France¹⁵⁶⁷, la liste des droits énumérés n'est pas exhaustive et n'est donc pas fermée. En effet, l'art. 15 UrhG est une

¹⁵⁶¹ Voir A. KOOF, *Senderecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Zeitalter der Konvergenz der Medien*, Mohr Siebeck Tübingen, 2015, p. 121.

¹⁵⁶² Voir A. KOOF, *ibid.*, p. 85 et suiv. ; p. 119 et suiv. ; p. 129 et suiv.

¹⁵⁶³ Voir A. KOOF, *ibid.*, p. 183 et suiv.

¹⁵⁶⁴ Tel par exemple le droit nommé « Abrufübertragungsrecht ». Voir le dernier chapitre de cette thèse.

¹⁵⁶⁵ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larcier s.a., 2013, n°261, p. 185.

¹⁵⁶⁶ O. PIGNATARI, *ibid.*, p. 185.

¹⁵⁶⁷ A ce sujet : « toutes les prérogatives d'ordre patrimonial reconnues aux auteurs relèvent nécessairement de l'un ou de l'autre », voir TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n°254, p. 251.

clause générale¹⁵⁶⁸, et l'énumération des droits par ce paragraphe ne sert que comme modèle¹⁵⁶⁹. Une telle compréhension est confirmée par les commentaires allemands relevant que le droit exclusif de l'auteur est conçu de façon *ouverte*¹⁵⁷⁰ et *large*¹⁵⁷¹, afin que de nouvelles possibilités d'utilisation des œuvres, qui ne sont pas encore saisies par les droits d'exploitation nommés par la loi, puissent être soumises au contrôle de l'auteur¹⁵⁷². La conception des droits en Allemagne est détaillée, mais elle est ouverte.

Néanmoins, il est vrai que les avantages d'une conception des droits (analytique ou synthétique) reflètent les inconvénients de l'autre. Ainsi, la conception détaillée des droits en Allemagne présente, à n'en pas douter, des désavantages par rapport à la conception concise et synthétique française. Trois types d'inconvénients peuvent être énumérés. Premièrement, l'approche analytique tend à « imaginer autant de droits qu'il n'existe de modes d'exploitation¹⁵⁷³ ». Tel n'est cependant pas systématiquement le cas, puisqu'il ne s'agit ici que d'une tendance. Cette tendance est cependant bien réelle et conduit à se poser la question suivante: la définition d'un droit d'exploitation englobe-t-elle aussi des modes d'utilisation des œuvres ou des moyens techniques ne constituant pas des exploitations d'œuvres? C'est donc naturellement que se pose la question des contours et de la définition de *l'exploitation* d'une œuvre, dans le cadre d'une approche analytique des droits. Deuxièmement, il est évident qu'une conception analytique des droits, descriptive et proche de la technique est plus délicate à mettre en œuvre qu'une conception synthétique, à partir du moment où les délimitations à tracer entre les droits sont plus nombreuses. Toute catégorisation, quelle qu'elle soit entraîne des difficultés liées à la délimitation et aux contours de cette catégorie. La multiplication des catégories, entraîne inévitablement la multiplication des difficultés de délimitation. De plus, une définition pointilleuse des droits exige une application plus exigeante du droit à un cas d'espèce bien particulier. Comment qualifier à l'aide de mots des actes d'exploitation d'œuvres réalisés par le truchement de procédés techniques? Troisièmement, il est vrai qu'un système analytique implique un émiettement des droits¹⁵⁷⁴, rendant le système moins lisible, voir moins cohérent. Le système est certes moins lisible, mais est-il pour autant moins performant? Peut-on considérer qu'un système clair et lisible, mais quelque peu artificiel est plus performant? Comment apprécier la performance d'un système juridique? Est-il nécessaire de prendre en compte sa sécurité juridique, les intérêts qu'il protège? Vaste question! Cela revient à rechercher la finalité ou la justification du droit d'auteur, une réponse nécessairement politique qui ne peut faire l'objet de développements dans ce paragraphe.

Concrètement, il faut tout de même noter qu'aucune conception des droits d'auteur, qu'elle soit allemande ou française n'est meilleure que l'autre. Les deux conceptions de droit

¹⁵⁶⁸ Voir notamment : J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A. § 15, n° 21 à 27, p. 350 suiv.

¹⁵⁶⁹ Puisque le terme « notamment », c'est-à-dire « *insbesondere* », est utilisée par la rédaction de l'article 15 (1) et (2) de la loi sur le droit d'auteur allemand. Exemple de formulation de l'article 15 (1) UrhG : « das Recht umfaßt *insbesondere* [...] » ; H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4. A., n° 372, p. 196.

¹⁵⁷⁰ Voir entre autres : AmtlBegr. UFITA 45 [1965] 240/242 f./260; BGHZ 156, 1/13 – Paperboy.

¹⁵⁷¹ En allemand, c'est l'expression « *Umfassendes Verwertungsrecht* » ou « *das umfassende Ausschließlichkeitsrecht* » qui est employée. Voir notamment : H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4. A., n° 372, p. 196.

¹⁵⁷² J. v. UNGERN-STERNBERG in : Schricker/Loewenheim 4. A. §15 UrhG, n° 22.

¹⁵⁷³ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, n°261, p. 185. Selon M. Pignatarii, il semble que la terminologie de « modes d'exploitation » soit ici à comprendre au sens large.

¹⁵⁷⁴ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larcier s.a., 2013, n°261, p. 185.

d'auteur, analytique ou synthétique, présentent toutes deux des inconvénients et des avantages. Le plus gros inconvénient d'un système analytique est sans doute sa difficulté à traverser les époques. Il est exact de considérer que le système analytique présente moins de souplesse aux innovations technologiques « ce qui oblige le législateur à intervenir pour adapter les textes et pallier l'absence de droit formellement prévu, sous peine de voir l'acte en cause échapper à toute sanction »¹⁵⁷⁵. Peut-on considérer que l'intervention du législateur constitue un désavantage ? D'un côté, la procédure législative conduisant à adopter un texte de loi est souvent longue, puisque l'adoption d'un texte est généralement le résultat d'une recherche de consensus. De l'autre, l'intervention du législateur constitue le fondement même de toute société démocratique où prévaut le dialogue, le compromis, la prise en compte de différents intérêts. De par son passé, l'Allemagne est particulièrement attachée à cette culture du dialogue. L'intervention du législateur ne peut donc être considérée comme un désavantage puisqu'un tel processus permet de garantir des valeurs communes. Seul un droit accepté par tous peut véritablement être mis en œuvre.

La conception allemande du droit d'auteur présente donc aussi des qualités. La norme prévue dans la loi est claire et détaillée. Par conséquent, l'auteur, simple lecteur du texte de loi est susceptible d'avoir une meilleure compréhension de ses droits : la loi, même avec ses nuances subtiles est plus accessible. On sait à quoi s'en tenir et les normes sont formulées de manière plus pragmatique. D'une plus grande précision, la conception analytique des droits apporte une certaine sécurité juridique, particulièrement en ce qui concerne l'application *de lege lata* de la loi. Une application uniforme de la loi est ainsi favorisée. Une conception détaillée des droits présente aussi des avantages, dépassant la simple mise en œuvre du droit exclusif de l'auteur *stricto sensu*. En effet, une conception détaillée des droits exclusifs de l'auteur entraîne aussi une plus grande sécurité juridique quant à l'application des droits voisins¹⁵⁷⁶. De plus, l'étendue des droits exclusifs étant intimement liée à l'étendue des exceptions à ces droits, une conception analytique détaillée des droits entraîne de manière logique, une formulation plus détaillée des exceptions aux droits exclusifs. Or, une formulation plus détaillée des droits¹⁵⁷⁷, c'est-à-dire plus nuancée des exceptions, permet de concilier de façon plus subtile les différents intérêts en jeu. Par ailleurs, il semble qu'une approche analytique des droits entraîne une gestion collective des droits plus efficace¹⁵⁷⁸.

Les avantages d'une conception analytique reflètent bien sûr à leur tour, les désavantages d'une conception synthétique des droits. Certes, une conception synthétique des droits a le mérite de la clarté, de la concision: la loi française est un chef-d'œuvre sur le plan conceptuel. Cette construction traduit-elle bien la « réalité » concrète? La cohérence de la conception synthétique française des droits n'est-elle pas artificielle? Peut-on véritablement considérer la conception synthétique française comme étant précise¹⁵⁷⁹ et apportant une plus grande sécurité juridique que la conception analytique des droits ? Face aux notions larges prévues par le *CPI* français, on peut se demander si les problèmes de délimitation des droits ne sont

¹⁵⁷⁵ O. PIGNATARI, *ibid.*, p. 185.

¹⁵⁷⁶ Notamment quant à l'application de l'article 19 a UrhG et l'article 20 UrhG.

¹⁵⁷⁷ Sur les bienfaits d'un système nuancé, ne pouvant se satisfaire de réponses simples : « Die Antworten auf die gestellten Fragen müssen angesichts der Komplexität der angesprochenen Sachverhalte zwangsläufig komplex ausfallen. Einfache Lösungen sind nicht zu haben », in : Enquete-Kommission « *internet* und digitale Gesellschaft » des Deutschen Bundestages, « Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft », Anhörung am 29.11.2010, T. DREIER, 43 pages (p. 1).

¹⁵⁷⁸ Voir à ce sujet la thèse de S. NERISSON, *La gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne : quelle légitimité ?* IRJS Ed., 2013.

¹⁵⁷⁹ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larcier s.a., 2013, n°262, p. 187.

pas transférés ou reportés à l'échelle des contrats d'exploitation des droits d'auteur. En effet, les contrats d'exploitation différencient souvent les droits de représentation applicables dans un environnement *online* et le droit de représentation à mettre en œuvre dans un environnement *offline*¹⁵⁸⁰. En pratique, les contrats d'exploitation ne retiennent donc pas toujours une compréhension 'large' des notions de droit¹⁵⁸¹.

Par conséquent, la conception synthétique des droits permet d'adapter ceux-ci aux technologies nouvelles, mais la possibilité de leur adaptation dépend avant tout du travail d'interprétation de la norme par le juge¹⁵⁸² qui devra développer des concepts pour les faire vivre. L'interprétation d'une norme par le juge permet-elle de garantir une sécurité juridique? En pratique, on ne peut négliger le fait que l'interprétation d'une norme peut varier suivant le juge, ou la chambre saisie. Un tel recours au juge permet-il une uniformité d'application de la norme? Peut-on raisonnablement considérer que l'intervention du juge et la construction d'une jurisprudence stable et confirmée permettent de réagir plus rapidement à l'évolution des technologies que ne le ferait une intervention législative? L'intervention du juge est-elle représentative de l'intérêt général, est-elle démocratique? Quel est le rôle du juge, quel est le rôle du législateur? Est-il préférable d'élargir les contours de concepts existants (par l'intervention des juges) plutôt que de créer de nouveaux droits (par l'intervention du législateur)? La différence de conception des droits d'auteur dévoile en fait une profonde différence des systèmes juridiques allemands et français. Et pourtant, le droit d'auteur faisant pourtant l'objet d'une politique ambitieuse d'harmonisation sur le plan européen.

§ 2- Une structure binaire pour la directive de la société de l'information ?

La directive *InfoSoc* ayant pour objet d'adapter le droit d'auteur aux nouvelles technologies¹⁵⁸³ semble maintenir cette distinction¹⁵⁸⁴ entre une exploitation corporelle et incorporelle, puisque l'art. 2 définit le droit de reproduction (exploitation corporelle) et l'art. 3, le droit de communication au public (exploitation incorporelle). Néanmoins, cette distinction n'est pas explicitement solutionnée dans le texte de la directive¹⁵⁸⁵ et n'implique pas, comme en France, une conception synthétique de chacune des prérogatives. En effet, comme en Allemagne, la directive *InfoSoc* consacre et définit distinctement le droit de reproduction entendu strictement et le droit de distribution¹⁵⁸⁶ auxquels s'ajoutent les droits de prêt et de location consacrés par la directive 2006/115/CE. On peut noter que la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information [loi « *DADVSI* »] qui avait entre autre pour objet de transposer la directive *InfoSoc* en droit

¹⁵⁸⁰ Sur les difficultés d'application du droit de représentation et de reproduction, lorsqu'un ouvrage prévu initialement pour l'imprimerie traditionnelle retrouve une nouvelle vie, à travers le numérique. Le contrat d'édition initial couvre-t-il cette « nouvelle » exploitation numérique ?

¹⁵⁸¹ D'autres contrats d'exploitation en revanche, évoquent de manière cumulative, sans précision particulière, le droit de reproduction et le droit de représentation.

¹⁵⁸² Voir notamment P. SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3^{ème} millénaire*, JCP G 2000, p. 13 et suiv.

¹⁵⁸³ Considérant (2) de la directive 2001/29/CE.

¹⁵⁸⁴ A. LEBOIS : J.-Cl. PLA, Fasc. 1246, Droit de reproduction (CPI, art. L. 122-3), n° 11. – « *summa divisio* » et environnement numérique.

¹⁵⁸⁵ Voir entre autres : A. WALTER, *III. Kapitel, Anwendungsbereich und Verwertungsrechte*, in : A. Walter (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht 2001*, Springer-Verlag/Wien, p. 1034 et suiv.

¹⁵⁸⁶ Voir S. v. LEWINSKI/ M. M. WALTER in : V. Lewinski/Walter, *European Copyright law, A Commentary*, Oxford University Press 2010, Information Society Directive, p. 921 et suiv.

français, n'a pas remis en cause la définition et la structure synthétique du droit de reproduction tel qu'on le connaît en France¹⁵⁸⁷.

Une distinction des droits reste-t-elle pertinente dans un monde numérique?

Section 1- Pertinence du critère de distinction dans un monde numérique ?

Avant de synthétiser et d'apprécier les travaux de la doctrine consacrés à la recherche d'un nouveau critère permettant de distinguer le droit d'exploitation sous forme corporelle et le droit d'exploitation sous forme incorporelle (§ 2), il est nécessaire de rappeler l'origine de cette distinction afin de comprendre sa raison d'être (§ 1).

§ 1- Critère de distinction traditionnel

La première partie des développements est consacrée à une présentation du critère de distinction (A) et la seconde partie à son appréciation (B).

A- Critère originaire de la distinction

Avant de rechercher le « critère de distinction » tel qu'il est appliqué en droit positif, il est intéressant de rappeler brièvement l'origine de la distinction du droit d'exploitation sous forme corporelle et sous forme incorporelle.

1- Origine historique de la distinction: existence ou absence d'un support

L'approche historique donne un premier élément d'explication quant à la distinction des droits exclusifs d'exploitation, tant leur élaboration s'est faite de manière autonome. Le faible degré d'évolution des techniques d'exploitation ne laissait entrevoir au XVIII^e siècle que deux modèles : la reproduction par imprimerie¹⁵⁸⁸ ou la représentation théâtrale, ou tout autre spectacle vivant¹⁵⁸⁹ englobant aussi l'exécution musicale. En France et en Allemagne, les droits des auteurs étaient gouvernés par des techniques juridiques propres¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁷ A. LEBOIS : J.-Cl. PLA, Fasc. 1246, Droit de reproduction (CPI, art. L. 122-3), n° 1. – Structure.

¹⁵⁸⁸ Voir entre autres: Ch. CARON, p. 278.

¹⁵⁸⁹ Voir entre autres: Ch. CARON, p. 284.

¹⁵⁹⁰ Tenant compte de ces distinctions, deux lois différentes ont par exemple été adoptées en France à la fin du XVIII^e siècle : la loi du 19 janvier 1791 sur le droit de représentation publique, puis celle du 19-24 juillet 1793 relative au droit de reproduction ; en Allemagne, voir par exemple l'article 11 LUG (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst). « Ältere Gesetze [...] gewähren nur einzeln aufgezählte, eng umrissene Verwertungsrechte », voir H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4. Auflage, n° 371, p. 196.

Reprenant cet héritage historique, la nouvelle loi de 1957 offrait en France l'avantage d'un cadre clair qui s'articulait de façon symétrique autour du caractère direct ou indirect de la communication de la forme, selon qu'il s'agissait du droit de représentation ou de reproduction¹⁵⁹¹. La distinction entre ces deux prérogatives était donc aisée. Encore fallait-il saisir la portée de l'adjectif « direct »¹⁵⁹². Selon la loi de 1957, la référence au caractère simplement « indirect » de la communication s'explique par le fait que le public n'entrera en relation avec l'œuvre que par la médiation du support sur lequel celle-ci a été fixée. Au contraire, le caractère direct – propre au droit de représentation – s'explique par l'absence de support lors de la communication d'une œuvre, comme c'est par exemple le cas dans le cadre d'une représentation théâtrale.

Le droit allemand connaissait la même distinction. L'exploitation sous forme corporelle ne concernait que les exemplaires d'œuvres contenus dans un objet corporel tangible, tel un livre, une photocopie, un tableau etc. Au contraire, l'exploitation d'une œuvre sous forme incorporelle devait directement pouvoir faire l'objet d'une perception par les sens humains, comme c'était le cas lors des représentations théâtrales etc¹⁵⁹³. Distinguer le droit de reproduction du droit de représentation en tenant compte de la présence ou non d'un objet corporel tangible incorporant l'œuvre revient à rattacher le critère de distinction à l'existence même d'un support corporel.

Malgré la simplicité de cette distinction, des critiques doctrinales ont vu le jour avec l'apparition de nouvelles techniques de diffusion des œuvres, constatant que, bon nombre de représentations se faisaient par l'entremise de supports matériels. C'est dans ce contexte que M. Desbois, gêné par l'intervention d'un support matériel dans le cas des représentations d'œuvres, jugea la locution « communication directe » inappropriée¹⁵⁹⁴.

2- Remise en cause de la distinction

Suivant cette doctrine, et constatant une hausse des supports matériels dans les hypothèses de représentation, le législateur de 1985 décida d'en modifier la définition en supprimant toute référence à la nature *directe* de la communication¹⁵⁹⁵. La représentation telle qu'elle est définie à l'art. L. 122-2 *CPI* ne constitue donc plus une communication *directe* de l'œuvre, mais une communication de l'œuvre « par un procédé quelconque ». On peut critiquer une telle modification de la loi puisque cela revient à considérer que seule la présence d'un support peut servir de critère pour distinguer la représentation de la reproduction. Tel n'est évidemment pas le cas. En effet, la prise en compte du support matériel fixant l'œuvre n'est pas incompatible avec le caractère *direct* de la communication réalisée. Par exemple, le support matériel fixant une œuvre en France reviendrait à qualifier

¹⁵⁹¹ Concernant cette articulation symétrique, voir: Ph. GAUDRAT, Jurisclasseur, fasc. 1242, Règles générales. Droit de représentation (*CPI*, art. L.122-2 à L.122-2-2 et L. 122-5), n° 5 ; Pour une analyse détaillée de l'article 27 de la loi du 11 mars 1957, voir *idem*, n° 5 à 25.

¹⁵⁹² J.-Cl. PLA, fasc. 1242, Règles générales. Droit de représentation (*CPI*, art. L.122-2 à L.122-2-2 et L. 122-5), P. GAUDRAT : J.-Cl. PLA, fasc. 1242, Règles générales. Droit de représentation (*CPI*, art. L.122-2 à L.122-2-2 et L. 122-5), n° 24.

¹⁵⁹³ G. SCHULZE, in : Dreier/Schulze, n° 25 et n° 29.

¹⁵⁹⁴ H. DESBOIS, n°231, p. 292 et n°257, p. 327.

¹⁵⁹⁵ P. GAUDRAT : J.-Cl. PLA, fasc. 1242, Règles générales. Droit de représentation (*CPI*, art. L.122-2 à L.122-2-2 et L. 122-5), n° 25-61.

d'indirecte la communication d'œuvres musicales dans une discothèque à partir d'exemplaires dupliqués. Cela signifierait d'y voir une hypothèse de reproduction. Une telle qualification n'est cependant pas conforme à la jurisprudence actuelle française. En effet, la Cour de cassation retient bien l'application du droit de représentation alors même que la communication nécessite le truchement de supports enregistrés¹⁵⁹⁶.

En Allemagne aussi, la percée des supports matériels dans les hypothèses de représentation a entraîné une nouvelle compréhension de l'exploitation sous forme incorporelle, puisque d'après la doctrine, la communication est certes incorporelle mais peut avoir indirectement (*mittelbar*) pour objet l'exemplaire ou l'original d'une œuvre¹⁵⁹⁷. Alors que la symétrie des droits patrimoniaux a été maintenue en Allemagne, la suppression de l'adjectif direct en France – s'agissant des hypothèses de représentation – et le maintien du caractère indirect à propos des communications réalisées par reproduction débouche sur une fâcheuse asymétrie des droits patrimoniaux de l'auteur en France, ce qui rend « les choses plus confuses encore »¹⁵⁹⁸. Le dispositif instauré par la loi de 1985 en France est d'autant plus défectueux qu'il ne livre aucune *clef de répartition* explicite entre les deux prérogatives.

B- Une distinction redéfinie par la prise en compte du critère de fixation ?

1- La fixation, un critère de distinction?

Selon M. Edelman, dès lors que la loi française « définit la représentation comme une communication au public par un *procédé quelconque*, on ne voit plus très bien ce qui la distingue de la reproduction »¹⁵⁹⁹. Comme le souligne aussi M. Gaudrat, « la formule [du droit de représentation] est si large, qu'elle tend à définir plutôt le droit d'exploitation dans sa généralité (*CPI*, art. L.122-1) que l'un de ses deux attributs universels »¹⁶⁰⁰. Puisqu'en France, contrairement au droit d'auteur allemand, les actes de reproduction ou de représentation ont tous les deux pour mission de communiquer les œuvres au public, on peut très bien considérer que la « fixation matérielle de l'œuvre » de l'art. L.122-3 *CPI* fait partie de l'un des « procédés quelconques » réalisant une communication de l'œuvre au public, de l'art. L.122-2 du *CPI*¹⁶⁰¹. A poursuivre le raisonnement au bout de sa logique, le droit de reproduction n'existerait plus en tant que tel parce qu'immanquablement absorbé par le droit de représentation.

Cependant, le législateur français n'a pas abrogé l'article relatif au droit de reproduction: cette prérogative existe toujours. Il faut donc rejeter l'idée selon laquelle, la *fixation* d'une œuvre pourrait faire partie des « procédés quelconques » permettant de communiquer

¹⁵⁹⁶ V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988 et Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1988 : JCP G 1988, II, 21120, note A. FRANÇON : « la diffusion publique d'une musique enregistrée sur un phonogramme constitue une représentation ». Pour une approche plus détaillée de ce thème.

¹⁵⁹⁷ G. SCHULZE in : Dreier/Schulze, 5. A., § 15, n° 29, p. 301 et suiv.

¹⁵⁹⁸ Ph. GAUDRAT, *Règles générales. Droit de représentation* : J.-Cl. 2003, PLA, fasc. 1242, n°27.

¹⁵⁹⁹ B. EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins* : ALD, numéro spécial 1987, p. 24.

¹⁶⁰⁰ Ph. GAUDRAT, *Règles générales. Droit de représentation* : J.-Cl. 2003, PLA, fasc. 1242, n°27.

¹⁶⁰¹ Voir en ce sens, D. MASSON, *Les droits patrimoniaux de l'auteur à l'épreuve de la communication au public, pour une nouvelle cristallisation des droits ?*, Thèse Montpellier, 1997, n°237 et s., p. 167 et s. et A. LATREILLE, *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, Thèse Paris-Sud XI, 1995, n°555 p. 242.

l'œuvre au public, conformément à l'art. L.122-2 *CPI* relatif au droit de représentation. Dans la mesure où le procédé de fixation de l'œuvre est expressément visé dans la définition du droit de reproduction, il faut bien en conclure que le droit de reproduction s'est réservé ce procédé¹⁶⁰². C'est ce qui a conduit la doctrine à définir la reproduction comme « la diffusion d'exemplaires *fixant* matériellement l'œuvre »¹⁶⁰³. A *contrario*, « on peut considérer que la représentation qui permet une communication directe de l'œuvre au public regroupe toutes les hypothèses autres que celles où il y a diffusion d'exemplaires *fixant* une œuvre¹⁶⁰⁴ », donc autres que celles qui donnent prise au droit de reproduction.

Avec cette définition, le droit de représentation apparaît « comme un droit résiduel, car il se définit par rapport au droit de reproduction, mais également, comme l'attribut principal du droit d'exploitation »¹⁶⁰⁵, puisque toute forme d'exploitation qui ne rentrerait pas dans le champ d'application du droit de reproduction ressortirait nécessairement du droit de représentation. La notion de fixation n'est donc pas écartée par les textes et constitue bien, en droit français, le critère de distinction entre le droit de reproduction et le droit de représentation. Il semble néanmoins que la terminologie de fixation recouvre des acceptions différentes, remettant en cause sa pertinence en tant que critère de distinction.

2- Ambiguïté de la notion de fixation

La notion de fixation est ambiguë. Elle dérive du verbe fixer (*figere* en lat.) et décrit une position, « qui ne bouge pas, qui demeure toujours à la même place à l'intérieur d'un système donné, [ou un état] qui ne change pas, qui est établi d'une manière durable dans un état déterminé »¹⁶⁰⁶. La fixation ne peut donc avoir lieu que sur un support, soit un support corporel matériel tangible (tel un livre, un CD), soit un support incorporel immatériel intangible (tel la plateforme d'un serveur).

a- Critère originaire : fixation matérielle

Soit on reconnaît l'existence d'un support dans le monde numérique, soit on considère de façon radical, qu'il ne peut y avoir de support dans le monde numérique, et dans ce cas, il ne peut effectivement n'y avoir fixation que sur un support corporel, matériel et tangible. C'est généralement le sens donné à la terminologie de fixation en droit français : celui d'une *fixation matérielle*. La suite des développements est consacrée à l'appréciation des avantages (aa) et des inconvénients (bb) d'un tel critère.

aa- Avantages de la prise en compte d'une fixation matérielle

Considérer la fixation matérielle comme un critère de distinction permettant de départager les actes d'exploitation d'une œuvre entre le droit de reproduction et le droit de

¹⁶⁰² C. COLIN, Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ? Thèse, Paris-Sud XI, 2008, n°250, p. 163.

¹⁶⁰³ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n°298, p. 282 (*a contrario*).

¹⁶⁰⁴ M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, n°544, p. 486.

¹⁶⁰⁵ Voir à ce sujet : Ph. GAUDRAT J.-Cl. PLA, fasc. 1242 (2003), , n° 30, p. 86 ; C. COLIN, Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ? Thèse, Paris-Sud XI, 2008, n°250, p. 163.

¹⁶⁰⁶ Dictionnaire, *le Robert*, S.N.L.

représentation présente un fondement logique¹⁶⁰⁷. Selon une approche traditionnelle, dès lors que l'acte d'exploitation porte sur une œuvre fixée matériellement et incorporée dans un objet tangible, le droit susceptible d'être mis en œuvre est celui de la reproduction. Au contraire, dès lors qu'une œuvre n'est pas matériellement fixée sur un support, c'est le droit de représentation qui est éventuellement mis en jeu. Tenir compte du critère de fixation matérielle afin de classer les actes revient donc à distinguer la prise en compte de l'existence ou non d'un support corporel.

Ce critère présente deux avantages. D'une part, il n'y a épuisement du droit de distribution qu'en présence d'une fixation matérielle de l'œuvre et d'autre part, il permet de distinguer *une œuvre incorporée dans un support matériel* c'est-à-dire une œuvre incorporée dans un bien, d'une œuvre faisant l'objet d'une *prestation de service*.

Le droit de distribution et son épuisement porte sur un objet tangible

Comme déjà évoqué dans les développements précédents, le droit de distribution au sens de l'art. 17 UrhG du droit d'auteur allemand est à comprendre de manière classique comme un droit sous forme corporelle, ayant pour objet une œuvre incorporée dans un bien matériel, corporel et tangible. Une telle compréhension du droit de distribution est confirmée à l'échelle européenne par le considérant 28 de la directive *InfoSoc*¹⁶⁰⁸. Le caractère corporel du droit de distribution est en partie justifié par l'idée présidant la théorie de l'épuisement de ce droit : il s'agit de limiter le droit exercé par le titulaire des droits sur la « circulation » des supports, la circulation des marchandises, et des biens. Cette approche a été rappelée par la jurisprudence de la Cour de Justice¹⁶⁰⁹ et c'est bien encore ce qui a été jugé dans des termes très fermes, par cette même Cour, dans un arrêt de janvier 2015, soulignant que le législateur de l'Union, « en utilisant les termes *bien matériel* et *cet objet* », voulait donner aux auteurs le contrôle de la première mise sur le marché de l'Union de chaque objet tangible, qui incorpore leur *création intellectuelle* et ajoutant qu'il convenait « dès lors, de constater que l'épuisement du droit de distribution s'applique à l'objet tangible, dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée, si celui-ci a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit d'auteur¹⁶¹⁰ ».

On peut souligner qu'une telle compréhension du droit de distribution a également été invoquée dans le cadre de l'affaire *usedSoft* notamment par le biais d'observations présentées par Oracle¹⁶¹¹, mais aussi par la Commission européenne¹⁶¹², et certains pays de l'Union

¹⁶⁰⁷ Terminologie employée par TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER dans le contexte un peu différent de la *summa divisio*, n° 255, p. 251.

¹⁶⁰⁸ Considérant 28 de la directive 2001/29/CE : « La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel ».

¹⁶⁰⁹ Notamment de son arrêt *Coditel* (*Coditel I*) qui, en son temps, fit un certain bruit, dans lequel elle jugeait légitime que le titulaire des droits sur un film puisse s'opposer à la diffusion de celui-ci par voie de télédiffusion. Voir *CJCE*, 18 mars 1980, *Coditel c/ Ciinevov*, Rec. *CJCE* I, p. 881 ; D.1980. Jur.594, note Plaisant ; *RIDA* juill. 1980, n°156, note FRANÇON).

¹⁶¹⁰ *CJUE* 22 janv. 2015, aff. C-419/13, *Art et Allposters International*, D.2015. Etudes. 776, note Maréchal ; *JCP* 2015, act.133, obs. Picod ; *JCP E* 2015, act. 99 ; *Prop. intell.* 2015, n°55, p. 199, obs. Lucas ; *RLDI* 2015, mars, 3688, obs. Costes.

¹⁶¹¹ Voir les propos d'Oracle rapportés dans les conclusions de Mr. l'avocat général Yves BOT, dans l'affaire C-128/11, n° 35 : selon Oracle, « une copie de programme ne peut être qu'un bien physique, à savoir un produit. Cette conception serait conforme au sens et à la finalité du principe de l'épuisement, qui aurait pour objet d'assurer la libre circulation de copies physiques [...] ».

¹⁶¹² Voir le rapport de la Commission, COM (2000) 199, final.

européenne dont la France¹⁶¹³, sans pourtant avoir été retenue. Cette interprétation du droit de distribution semble pourtant s'inscrire dans la droite ligne des textes internationaux. Selon M. Reinbothe, le droit de distribution tel qu'il est prévu à l'art. 6 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur¹⁶¹⁴, concerne uniquement des objets physiques¹⁶¹⁵ incorporant des œuvres tels par exemple des *CD-ROM*, des *Cds*, des *DVD*, des *video-cassettes*, des livres¹⁶¹⁶ si bien que le droit de distribution est bien un droit *sous forme corporelle*, portant sur un objet tangible. La formulation de l'art. 6 du traité de l'OMPI aurait même été choisie en toute connaissance de cause, afin justement de distinguer le droit d'exploitation sous forme corporelle et le droit d'exploitation sous forme incorporelle¹⁶¹⁷. Les développements suivants mettront cependant en lumière, que la formulation du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur n'est pas explicite et fait l'objet de controverses doctrinales.

Une telle interprétation classique de l'art. 6 du traité est néanmoins confortée par les déclarations communes annexées au traité de l'OMPI relatives aux notions de droit de distribution (art. 6) et de droit de location (art. 7). Selon les déclarations communes, les termes *exemplaire* et *original* désignent exclusivement les exemplaires fixés, qui peuvent être « mis en circulation en tant qu'objets tangibles¹⁶¹⁸ ». Tenir compte de la notion de fixation dans le sens d'une *fixation matérielle* d'une œuvre permet donc de délimiter l'étendue et la portée du droit de distribution et de son épuisement.

Dichotomie entre un bien et un service?

Accorder à la notion de fixation une acception classique dans le sens d'une fixation matérielle amène indirectement à faire une distinction entre une œuvre incorporée dans une „forme corporelle“ tel un bien et une œuvre faisant l'objet d'une prestation de service.

Et *de facto*, la directive *InfoSoc* semble toujours opérer une dichotomie entre d'une part, les œuvres commercialisées sur un support physique auxquelles s'appliquerait la théorie de l'épuisement des droits (relevant d'une exploitation sous forme corporelle), et les œuvres disponibles sous forme dématérialisée, qui devraient être considérées comme des « services en ligne » faisant l'objet d'une communication au public ou d'une mise à disposition¹⁶¹⁹ (relevant d'une exploitation sous forme incorporelle). De manière simplifiée, cela revient à considérer qu'il y a reproduction, dès lors que l'œuvre est incorporée dans un bien et qu'il y a représentation, dès lors que l'œuvre est diffusée dans le cadre d'une prestation de service.

Une telle conception désuète était également longtemps soutenue en Allemagne, puisque les services en ligne s'analysaient comme des mises à disposition d'œuvres¹⁶²⁰ se distinguant

¹⁶¹³ Conclusions de M. l'avocat général Yves BOT, dans l'affaire C-128/11, n° 38.

¹⁶¹⁴ Art. 6 WCT, Droit de distribution dans le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), L. 89/8 du 11.4.2000.

¹⁶¹⁵ Terminologie utilisée : « physical objects only ».

¹⁶¹⁶ J. REINBOTHE, in : J. Reinbothe/S. v. Lewinski, *The Wipo Treaties on Copyright, A Commentary on the WCT, the WPPT and the BTAP*, Seconde Edition, , Oxford University Press, 2015, n° 7.6.20, page 111.

¹⁶¹⁷ S.v. LEWINSKI : GRUR Int. 1997, 667 (674); KOCH, ITRB 2013, 38 (38).

¹⁶¹⁸ On verra cependant que certains auteurs défendent le point de vue selon lequel les précisions prévues par les déclarations communes en annexe du traité ne permettent pas forcément de considérer que l'article 6 du traité ne concerne que des exemplaires d'œuvres corporelles.

¹⁶¹⁹ Voir à ce sujet le livre vert de la Commission européenne du 27 juillet 1995, sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (COM [95] 382, final, non publié au Journal officiel), p. 47 et suiv.

¹⁶²⁰ HEYDN, in : W. Kilian/B. Heussen (Hrsg.), *Computerrechts-Handbuch*, 2013, 1.Abschn. Teil 2, Vermarktung von Gebrauchsoftware, Rn.93 ; KUBACH/SCHUSTER : CR 2014, p. 504 (505).

des marchandises. La qualification juridique de l'acte d'utilisation d'une œuvre dépendait donc de la *forme* de l'exploitation en cause. A ce sujet, la loi allemande emploie bien la terminologie d'exploitation sous *forme* corporelle et d'exploitation sous *forme* incorporelle. La référence à la *forme* s'explique par la distribution suivante: avant l'ère numérique, les œuvres étaient soit distribuées sous forme corporelle dans un rapport un-à-un vis-à-vis des clients, soit sous forme incorporelle, dans un rapport de un à plusieurs¹⁶²¹. C'est donc bien la forme de l'exploitation en question qui conditionnait son épuisement ou non. De cette constatation était déduit le fait qu'un même acte d'exploitation ne peut relever en même temps, d'un droit d'exploitation sous forme corporelle et d'un droit d'exploitation sous forme incorporelle¹⁶²². Néanmoins, une telle dichotomie constitue une description erronée de la réalité, *a fortiori* dans un monde numérique.

En effet, l'application du droit de reproduction est courante même lorsque l'œuvre est diffusée dans le cadre d'une prestation de service. Par exemple, une œuvre diffusée grâce à une prestation de service utilisant la technique du *streaming* peut très bien entraîner la mise en œuvre du droit de reproduction. A ce propos, on peut noter qu'un service en ligne n'est pas obligatoirement caractérisé par une exploitation de l'œuvre sous forme incorporelle. Par exemple, la vente en ligne d'une œuvre de musique incorporée dans un bien (tel le support matériel d'un CD) constitue bien un service en ligne. A l'inverse, on peut mettre en œuvre le droit de représentation, même lorsque l'œuvre est incorporée dans un support matériel. Mais surtout, la différence entre un bien et un service ne peut constituer un critère permettant de distinguer le droit de reproduction et le droit de représentation. En effet, le contrat de vente portant sur un bien tout comme le contrat de prestation de service constituent tous deux des contrats permettant au sens large, un « accès » à l'œuvre. Il ne s'agit donc nullement de contrats d'exploitation portant sur le monopole de l'œuvre de l'esprit. Le contrat de vente¹⁶²³ (en droit français) permet à l'acquéreur de devenir propriétaire du support de l'œuvre, mais non pas d'avoir un monopole sur l'œuvre. En bref, et de façon tout à fait classique, « le droit de propriété de l'acquéreur du support est totalement distinct du monopole d'exploitation de l'auteur »¹⁶²⁴. Bien que l'argument de la dichotomie entre un bien et un service soit mis à mal dans un environnement numérique, cet argument est souvent soulevé en pratique.

Dans le but d'éviter l'application du droit de distribution et de son épuisement dans l'affaire *usedSoft*, plusieurs avis ont retenu l'argument de la dichotomie entre un bien et un service soutenant qu'il ne pouvait y avoir épuisement d'un droit appliqué à une prestation de service. Il ne fait pas de doute que le considérant 29 de la directive *InfoSoc* refuse de reconnaître l'épuisement du droit par rapport à un « service en ligne ». Puisque traditionnellement, le droit de distribution au sens de la directive *InfoSoc* ne s'épuise qu'en cas de vente ou premier transfert de propriété d'un objet tangible, c'est-à-dire d'une œuvre fixée matériellement, la distinction opérée entre une « prestation de service » d'une part, et « la fixation matérielle d'une œuvre sur un support » (c'est-à-dire un bien) d'autre part, trouvait

¹⁶²¹ M. GRÜTZMACHER, *Endlich angekommen im digitalen Zeitalter! Die Erschöpfungslehre im europäischen Urheberrecht: der gemeinsame Binnenmarkt und der Handel mit gebrauchter Software* : ZGE 2013, 46 (60).

¹⁶²² M. STIEPER, Anm. Zu EuGH, Urteil, Juli 2012n- C-128/11 – *usedSoft* : ZUM 2012, 668 (668).

¹⁶²³ En droit allemand, l'acquéreur devient propriétaire par le biais d'un « contrat » réel de transfert de propriété, par la traditio. (En allemand : *Verfügungsgeschäft*).

¹⁶²⁴ A. LUCAS-SCHLOETTER in : *Mélanges Lucas*, p. 573 (580).

parfois une justification concrète dans un monde analogique. Néanmoins, on verra que des doutes sérieux subsistent quant à la pertinence de cette dichotomie¹⁶²⁵.

bb- Mise à mal du critère de distinction de la fixation matérielle dans un monde numérique

Avec les avancées techniques, l'existence d'une fixation matérielle de l'œuvre ne permet plus de départager le droit de reproduction et le droit de représentation. L'effet des nouvelles technologies est double : d'une part, une fixation matérielle de l'œuvre est généralement nécessaire avant toute représentation, ce qui selon Mme Colin « introduit dans l'attribut [du droit de représentation] une notion originellement réservée au droit de reproduction¹⁶²⁶ » (aaa), et d'autre part, la fixation a lieu sur un support immatériel, intangible, ce qui « contribue à introduire dans le droit de reproduction un concept qui ne lui était originairement pas destiné »¹⁶²⁷.

Irruption de la notion de fixation matérielle au sein du droit de représentation

Aujourd'hui, il ne fait plus de doute que la diffusion d'une œuvre peut être qualifiée de représentation, alors même que celle-ci s'effectue par le biais d'un support matériel fixant l'œuvre. L'art. L.122-2 *CPI* dispose en effet que la représentation consiste dans la communication de l'œuvre « par un procédé quelconque », une formulation large autorisant la prise en compte de toute forme de communication de l'œuvre¹⁶²⁸. Cet article énumère des exemples de représentation s'effectuant par le biais d'une fixation préalable et mentionne la projection publique, la transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée, la télédiffusion... L'emploi de la terminologie « notamment » confirme qu'il ne s'agit là que d'une liste non limitative d'exemples. L'évolution des technologies a donc engendré de nouvelles formes d'exploitation des œuvres permettant la communication d'une création au public par le truchement d'un support fixant l'œuvre.

Néanmoins, il faut bien souligner que cette problématique n'est pas un phénomène nouveau, déclenché par l'utilisation de techniques numériques. En effet, on retrouve cette même problématique lors de la projection des films dans un cinéma, puisque la fixation préalable de l'œuvre sur un support matériel (autrefois par exemple une pellicule) n'a pas empêché l'application du droit de représentation par les juges. A poursuivre ce raisonnement, on est amené à se demander quelle place laisser au concept de représentation, dès lors que toute communication implique d'une manière ou d'une autre l'intervention de la matière, autrement dit d'un support matériel (au sens premier du mot) et donc le plus souvent d'une fixation matérielle (au sens premier du mot) sur ce support. Faudrait-il qualifier une telle communication de reproduction ? Tel n'est évidemment pas le cas. Une réponse positive conduirait à l'annihilation du droit de représentation. Au contraire, considérer que le droit de représentation englobe systématiquement toutes les formes d'exploitation recourant à la fixation d'une œuvre ferait perdre au droit de reproduction son intérêt.

En Allemagne aussi les commentaires de la loi sur le droit d'auteur admettent que l'exploitation sous forme incorporelle est à comprendre dans le sens de toute exploitation

¹⁶²⁵ Voir entre autres : Th. DREIER, *Online and Its Effect on the « Goods » Versus « Services » Distinction*, IIC 2013, 137 et suiv. Voir *infra*.

¹⁶²⁶ C. COLIN, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?* Thèse Paris-Sud XI, 2008, p. 118 suiv.

¹⁶²⁷ *Ibid.*

¹⁶²⁸ Ph. GAUDRAT : J.-Cl. PLA, fasc. 1242, *Règles générales. Droit de représentation*. (Mise à jour du 10 sep. 2015), n° 26.

pouvant *indirectement* avoir pour objet l'exemplaire original de l'œuvre ou une reproduction de celle-ci, c'est-à-dire une œuvre fixée sur un support¹⁶²⁹. A la différence du droit d'exploitation sous forme corporelle, ce n'est pas l'exemplaire original ou sa reproduction qui est exploité, mais bien l'œuvre dans sa dimension intellectuelle. L'exploitation est qualifiée d'incorporelle, dès lors que la dimension incorporelle ou intellectuelle de l'œuvre est perçue par le public, comme c'est le cas dans le cadre d'une conférence, d'une émission alors même qu'il y a fixation (sur un support immatériel ou matériel) préalable de l'œuvre.

Par conséquent, la prise en compte de la fixation d'une œuvre (*a fortiori* lorsque cette fixation est matérielle sur un support tangible) dans le processus de communication au public d'une œuvre remet en cause la *summa divisio*, puisqu'originellement, seul le droit de reproduction retenait ce critère¹⁶³⁰.

Irruption de la notion de dématérialisation au sein du droit de reproduction

Formulée originellement pour être appliquée dans un monde analogique, la définition française du droit de reproduction exige une fixation *matérielle* par tout procédé en vue de caractériser un tel droit. Dans l'univers analogique, l'œuvre est donc fixée sur des supports matériels, tels que les livres, les phonogrammes etc. Fallait-il conclure à la négation du support en raison de la dématérialisation, et ainsi soumettre tout acte d'utilisation d'une œuvre réalisée à partir d'un support dématérialisé, au droit de représentation? Répondre de manière positive à cette question revient à retirer tout intérêt au droit de reproduction dans un monde dématérialisé. Il a été jugé, et il s'agit d'une jurisprudence constante aujourd'hui, que la fixation d'une œuvre sur un CD-R, support numérique, met en jeu le droit de reproduction¹⁶³¹. Néanmoins, l'apparition de formats numériques avait conduit à s'interroger dans le passé sur la capacité du droit de reproduction à accueillir cette dématérialisation des supports. Considérer en effet qu'une numérisation peut être qualifiée de reproduction nécessite de prendre du recul par rapport à la lettre du texte de la loi et à la matérialité de la fixation. Plusieurs arguments assez intéressants peuvent être évoqués à l'appui de cette constatation et leur rappel peut enrichir le débat actuel, à propos de la formulation de la loi sur le droit d'auteur.

Premièrement, en quoi une numérisation constitue-t-elle une fixation matérielle? Le résultat matériel ne ressemble pas au corpus numérisé. Deuxièmement, peut-on considérer que la numérisation, en tant que telle, permet une communication au public – un élément pourtant constitutif de la définition française de reproduction – pouvant par là-même être qualifiée en droit français de reproduction au sens de l'art. L.122-3 du *CPI*? La constatation suivant laquelle la numérisation d'une œuvre est une technique consistant à traduire le signal analogique, c'est-à-dire les caractères, les images, les séquences d'images, les tons, les sons¹⁶³² en un mode numérique ou binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1, dont l'unité est le bit¹⁶³³ justifie cette interrogation. Par sa numérisation, l'œuvre n'est donc pas immédiatement perceptible par les sens humains. Il ne peut donc pas y avoir à proprement parler de communication. Tout au plus peut-on considérer que la numérisation ne constitue qu'une partie du processus de reproduction. Pour s'inscrire dans

¹⁶²⁹ DREIER/SCHULZE, n° 29, et n° 25 p. 301.

¹⁶³⁰ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n°237, p. 200 : « la *summa divisio* (...) comporte (...) des limites. La première tient à ce que la représentation impose le plus souvent une ou plusieurs fixations, d'où une imbrication des deux prérogatives qui ne peuvent toujours être envisagées isolément sans artifice ».

¹⁶³¹ Voir notamment, TGI Montpellier, 24 sept. 1999 : CCE févr.2000, comm. n°19, note Ch. Caron.

¹⁶³² J. ENSTHALER, S. WEIDERT, *Handbuch Urheberrecht und internet*, p. 160.

¹⁶³³ LAMY, *Droit du numérique*, Guide, n° 3982, p. 524

une reproduction, l'état numérique doit être destiné à la recombinaison d'une forme sensible par le biais d'une interface, que constitue par exemple le moniteur d'un ordinateur, l'impression d'un document, ou les hauts-parleurs d'un ordinateur¹⁶³⁴. A partir du moment où la forme sensible donc perceptible, est généralement automatiquement recomposée par le biais d'une interface permettant la création d'un nouvel exemplaire de l'œuvre, certains auteurs¹⁶³⁵ précisent qu'il n'y a pas de nécessité à prévoir dans le texte de loi, de façon expresse, la qualification juridique d'une numérisation.

Aujourd'hui, il ne fait plus de doute que la numérisation permet la copie d'une œuvre constituant par là-même une reproduction et pas seulement une prise de connaissance de l'œuvre sur l'écran d'un ordinateur. Tel est bien l'opinion doctrinale dominante¹⁶³⁶ et la position classique de la jurisprudence en France¹⁶³⁷ et en Allemagne. En France, le juge des référés, juge de l'urgence donc de l'évidence, a ainsi pu estimer que « toute reproduction par numérisation d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur et susceptibles d'être mise à la disposition de personnes connectées au réseau *internet* doit être expressément autorisée par le titulaire ou le cessionnaire des droits »¹⁶³⁸. Si l'hypothèse selon laquelle la numérisation d'une œuvre doit effectivement être qualifiée de reproduction fait l'objet d'un consensus, il faut tout de même constater que la notion de reproduction dont il est question est *de facto* réduite à la simple notion de *fixation*.

Pour conclure, il est clair que les progrès technologiques ont fait évoluer la notion de fixation en matière de reproduction. A l'origine matérielle, cette notion a fini par s'étendre aux fixations „immatérielles“.

b- Vers une nouvelle définition de la fixation : la dématérialisation de la fixation

Néanmoins, la notion de fixation, dont la nature matérielle ou immatérielle reste ambiguë à la lecture de la loi française d'une part, et l'emploi d'une terminologie faisant référence à une exploitation „sous forme corporelle“ par la loi allemande d'autre part, font douter de l'adaptation de la rédaction des normes (et non de leur application en pratique) à un monde numérisé et dématérialisé. Pourquoi ne pas préciser de manière explicite le caractère immatériel ou dématérialisé de la fixation, dans la rédaction de la loi? Peut-on considérer que la « dématérialisation des supports » et par conséquent, la dématérialisation de la fixation sur ces supports, a pour effet d'estomper la frontière entre les deux prérogatives du droit de

¹⁶³⁴ J. ENSTHALER, *Handbuch Urheberrecht und Internet*, p. 161 ; M. SCHIPPAN, *Die Harmonisierung des Urheberrechts in : Europa im Zeitalter von internet und digitaler Technologie, eine Betrachtung aus deutscher Sicht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999, p. 84.

¹⁶³⁵ M. LEHMANN, *internet-und Multimediaerecht (Cyberlaw)*, 1997, p. 58 ff. Contra : M. SCHIPPAN, *-Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von internet und digitaler Technologie, Eine Betrachtung aus deutscher Sicht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999, p. 84.

¹⁶³⁶ Voir entre autres: A. FRANÇON, *RTDcom.*, 1997, p. 97 ; P. SIRINELLI, *RIPIA*, 1996, n°183, p. 149 ; F. POLLAUD-DULIAN, n° 768, p. 494 ; L. COSTES, S. MARCELIN, S. RAMBAUD, *Droit du numérique, guide, solutions et applications, pratique contractuelle*, Wolters Kluwers France SAS, 2014, Titre VI, Chapitre IV, n° 3982, p. 524

¹⁶³⁷ Trib. Com. Paris (réf.), 3 mars 1997, *JCP*, éd. G, 1997-II-22840, obs. Olivier et Barbry, *RTDcom.*, 1997, p.457, obs. A.FRANÇON ; *TGI*Paris (réf.), 5 mai 1997, « Mille milliards de poèmes », *RTD com.*, 1997, p.457, obs. A. FRANÇON.

¹⁶³⁸ *TGI*, Paris, réf. 14 août 1996. *Dalloz* 1996, n° 490, note P.-Y. GAUTIER.

reproduction et du droit de représentation? Deux approches sont envisageables: Soit il y a absence totale de support dans un monde numérique, soit le support est, au contraire omniprésent. Cette dernière approche est justifiée par l'argument suivant lequel l'œuvre ne peut être « transmise » sans l'entremise d'un substrat, tantôt vivant, tantôt incorporel, souvent tangible, mais toujours support !

Dès lors que l'on reconnaît l'omniprésence du support, l'existence ou l'inexistence de la fixation se détermine par rapport à l'étendue de l'œuvre fixée. Par exemple, on peut très bien considérer que l'interprète d'une pièce de théâtre constitue en quelque sorte le support vivant de l'œuvre, mais on ne peut pas considérer que l'œuvre est « fixée » sur l'interprète. Cela n'a aucun sens. L'interprète va interpréter et « retransmettre » l'œuvre au fur et à mesure au public. L'exemple de la consultation d'une œuvre par le biais de la technique du *streaming* est plus délicat. L'œuvre, par exemple un film, est-elle fixée, dans son ensemble, sur le support numérique (c'est-à-dire par exemple, dans la mémoire vive ou la mémoire *RAM* de l'ordinateur) de l'internaute-consommateur regardant le film, à partir du moment où cette œuvre n'est « transmise » qu'au fur et à mesure par le diffuseur au consommateur, puisque découpée en plusieurs petits paquets différents ? Au contraire, dès lors qu'une œuvre (par exemple un film) est téléchargé sur le disque dur d'un ordinateur, alors il y a bien fixation de l'œuvre dans son ensemble sur un support « immatériel » (ou matériel pour certains, puisque le disque dur est bien fait de matière). Il y a donc bien une dématérialisation de la fixation.

Comment alors faire le départ entre le droit de reproduction et le droit de représentation? Il semble que dans son sens moderne, la fixation ne permette de départager le droit de reproduction du droit de représentation, que lorsqu'il y a fixation, ou « saisie » de l'œuvre dans son ensemble. Ainsi, lorsque la perception d'une œuvre n'est possible que par le biais de la fixation de l'œuvre dans son ensemble, il y a reproduction. Inversement, dès lors que la nécessité d'une fixation de l'œuvre en vue de sa perception de l'œuvre n'est pas requise alors il y a application du droit de représentation. L'utilisation de la technique du *streaming* ne nécessitant qu'une simple fixation ponctuelle de l'œuvre montre que la notion de fixation, même dans son sens moderne ne permet plus de départager le droit de reproduction et le droit de représentation.

Au delà du fait que l'évolution technique oblige à repenser le critère de distinction, il faut néanmoins souligner que l'existence même d'une fixation n'est pas indifférente, „ne serait-ce que parce que la fixation fait elle-même planer la menace d'une exploitation concurrente ultérieure”¹⁶³⁹. Malgré tout, la notion de fixation ne réussit plus à différencier les actes de reproduction et de représentation.

Si l'on veut préserver le principe de la *summa divisio*, il est nécessaire de rechercher un critère de distinction permettant de clarifier la distinction entre le droit de reproduction et le droit de reproduction.

§ 2- D'autres critères de distinction évoqués par la doctrine

La clef de répartition entre les modalités d'exploitation ne doit pas complètement se désintéresser du support permettant une fixation. L'analyse doit néanmoins être affinée.

¹⁶³⁹ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, Rn. 255.

Considérer comme M. Desbois que c'est la présence d'un support fixant l'œuvre, intermédiaire entre le public et l'œuvre qui estompe la frontière entre les deux prérogatives que sont le droit de reproduction et le droit de représentation n'est pas correct. On vient en effet de voir que la présence d'un support matériel n'empêche nullement que l'acte d'utilisation relève du droit de représentation. M. Gaudrat rappelle, qu'« en aucun cas (...) l'intervention d'un support n'écarte, en soi, le caractère direct de la communication (...) »¹⁶⁴⁰, d'autant plus que la loi n'a jamais exigé qu'une communication « directe » signifie l'abstention d'un support. En fait, le critère de l'intervention ou de l'absence d'un support ne suffit plus, et n'a réellement jamais suffi à départager les actes de reproduction et de représentation. Dès lors, il est clair que la distinction entre un droit sous forme corporelle ou incorporelle ne repose pas sur la simple constatation de la *présence* du support permettant une fixation ou au contraire sur son absence.

Dans le but de départager les deux formes d'exploitation, il faut substituer à ce critère obsolète un nouveau critère fondé sur le *rôle* envisagé du support. C'est pourquoi, M. Gaudrat est à l'origine d'une approche « dynamique » du support tenant compte de l'opération juridique qui porte sur ce support. La démarche consiste à ériger le « transfert de propriété du support en critère de distinction des modalités d'exploitation d'une œuvre »¹⁶⁴¹. Il faut vérifier si cette proposition permet de distinguer le droit de reproduction du droit de représentation.

A- Le « transfert de propriété du support », un critère de distinction des modalités d'exploitation des œuvres?

La présentation du critère du « transfert de propriété » (1) précèdera son appréciation (2).

1- Présentation de ce critère de distinction

Considérer que l'exploitation par reproduction est liée au transfert de propriété du support, signifie *a contrario* que l'exploitation par représentation est exclusive de transfert de propriété du support.

a- L'exploitation par reproduction liée au transfert de propriété du support

L'exploitation par reproduction est-elle liée au transfert de propriété du support? La reproduction implique la multiplication de la *forme externe* d'une œuvre, la réitération de la fixation, ce qui permet une duplication de l'original et par conséquent, la fabrication de nombreux exemplaires d'œuvres. Dans un monde analogique c'est bien la distribution par l'exploitant des exemplaires de l'œuvre, puis leur vente aux consommateurs, qui garantit à ces

¹⁶⁴⁰ Ph. Gaudrat, J.-Cl. Fasc. 1242 : *Règles générales. Droit de représentation*, 2003, Rn. 22.

¹⁶⁴¹ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larcier s.a., 2013, p. 245 s.

derniers un « accès » *in fine* à l'œuvre. Ce n'est donc pas l'œuvre en soi qui est délivrée et communiquée, mais bien le *moyen* d'accéder à cette œuvre, d'où bien sûr le caractère « indirect » de ce mode d'exploitation. Ainsi, la communication de l'œuvre est indirecte, parce qu'elle n'est pas l'objet immédiat de l'activité de l'exploitant dont la mission est recentrée sur la fabrication et la distribution *d'exemplaires*. La qualification d'exploitation sous « forme matérielle » prend alors tout son sens. On peut donc considérer qu'il s'agit ici d'une communication indirecte, puisqu'elle est conditionnée par le transfert de droit réel sur le support. M. Pignatari souligne que le transfert de droit réel sur l'exemplaire fabriqué constitue la finalité de la reproduction, en tant que modalité d'exploitation.

Au sens original, la reproduction est donc systématiquement liée au transfert de propriété préalable du support contenant l'œuvre. Le droit de distribution étant considéré comme une prérogative du droit de reproduction en droit français, il ne peut y avoir distribution d'un support – traditionnellement physique –¹⁶⁴², que lorsque ce support est vendu, ou lorsque la propriété de ce support a été transférée.

b- L'exploitation par représentation exclusive de transfert de propriété du support

A contrario, l'exercice du droit de représentation s'affranchit-il d'une telle opération sur le support? Puisque la représentation d'une œuvre permet de multiplier les personnes mises en contact avec l'œuvre, on peut considérer que le droit de représentation a vocation naturelle à régir les communications au public sans transfert de propriété sur le support. La prestation de l'exploitant porte exclusivement sur la délivrance de l'œuvre et non sur la fabrication d'exemplaires. Ainsi, l'objet de la délivrance n'est plus le moyen d'accéder à l'œuvre par le biais d'exemplaires, mais l'œuvre elle-même. Peu importe que l'œuvre ait été précédemment fixée sur un support. L'œuvre n'attend pas sa « délivrance », mais se présente au public déjà « délivrée ».

Pour conclure, il semble que la reproduction ne se réalise que par « l'aliénation du support (...) alors que la seconde [la représentation] ne se réalise que par la délivrance de la forme de l'œuvre, sans transmission d'aucun droit réel sur le support »¹⁶⁴³. Reste à évaluer si ce critère de distinction si claire et cohérent dans un monde analogique peut également être retenu dans un contexte numérique.

2- Appréciation de ce critère de distinction

Le critère de distinction du „transfert de propriété du support“ présente à n'en pas douter des avantages (a) mais il faut vérifier si ce caractère distinctif n'est pas remis en cause par l'esprit de la loi en France et par l'arrêt *usedSoft* (b).

¹⁶⁴² M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, p. 462.

¹⁶⁴³ C. COLIN, *Vers un „droit d'utilisation“ des oeuvres?*, Thèse doctorat Paris XI, 2008, n° 259, p. 167.

a- Avantages de la prise en compte du transfert de propriété pour distinguer le droit de reproduction du droit de représentation

Selon Mme Colin, la majeure partie des difficultés liées à la répartition des actes d'exploitation disparaît, dès lors que l'on tient compte de l'existence ou non d'un transfert de propriété du support de l'œuvre. Pour illustrer ses propos, Mme Colin évoque la diffusion des disques par la radio ou en discothèque. Le public obtient-il un droit de propriété sur les exemplaires de ces œuvres diffusées? Autrement dit, les exemplaires des œuvres font-ils l'objet d'une vente ou d'un don permettant au public de devenir propriétaire des exemplaires des œuvres, lors de leur diffusion dans une discothèque? La réponse est bien évidemment négative. Le public n'obtenant aucun droit de propriété sur le support de l'œuvre, la diffusion de disques par la radio ou en discothèque relève bien du droit de représentation. On peut même ajouter que le public n'entre même pas en contact avec le support de l'œuvre et que l'œuvre est simplement délivrée au public¹⁶⁴⁴. Si *a contrario*, le public destinataire avait acquis un droit de propriété sur le support, le droit d'auteur impliqué en amont aurait été le droit de reproduction. On peut même envisager la nouvelle rédaction de l'art. L.122-3 *CPI*, suivant lequel, « la reproduction consiste dans la fixation matérielle d'une œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public grâce au transfert de propriété du support fixant l'œuvre ». Pour conclure, la prise en compte du transfert de propriété du support comme critère de distinction revient à considérer que le droit de reproduction ne s'applique que lors de la délivrance de l'œuvre par la vente d'exemplaires tangibles et que le droit de représentation n'est liée qu'à la délivrance de l'œuvre par une prestation de service.

Une telle approche simplifiée a bien sûr l'avantage de clairement cerner le champ d'application de l'épuisement des droits. Dès lors que la représentation ne permet *a priori* que la délivrance des œuvres par prestation de service, l'épuisement des droits ne se posant pas dans le cas des services¹⁶⁴⁵, il n'a donc pas vocation à s'appliquer au droit de représentation. Un exemple concret issu du monde analogique permet d'illustrer ce constat. Dès lors que la délivrance, c'est-à-dire par exemple, la communication au public de l'œuvre est l'objet même de l'activité (ou d'une prestation de service) d'un théâtre, chaque représentation ou communication au public de l'œuvre doit être autorisée par les ayants-droits. Or la représentation de l'œuvre est généralement assujettie au paiement d'une licence, des frais en partie répercutés sur les spectateurs qui devront payer leur place, lors de chaque spectacle. Par conséquent, c'est bien la nature même du droit de représentation qui s'accorde mal avec la notion d'épuisement des droits. Cette constatation est d'autant plus vraie dans un monde numérique, puisque le droit de mise à disposition n'aurait plus besoin d'être: quel est l'intérêt de reconnaître l'existence d'un droit, alors que ce dernier ne pourrait être appliqué, à l'exception de la première mise à disposition de l'œuvre sur un site *web*?

C'est pourquoi l'épuisement des droits ne concerne que le droit de reproduction et le droit de distribution. Une telle conception peut-être confortée par l'arrêt *Cassina*, puisque, la *CJUE* a jugé que la notion de distribution au public de l'original ou d'une copie d'œuvre implique un *transfert de propriété* du support. Ce critère de distinction fondé sur le transfert de propriété n'a-t-il pas été remis en cause par l'arrêt *usedSoft*? Au-delà des avantages que présente un tel

¹⁶⁴⁴ Ph. GAUDRAT, « Droits d'auteurs – Règles générales– Droit de représentation », op. cit. n°30, p.9 : « qui douterait que la station de radio ou la discothèque qui utilisent un disque du commerce pour communiquer publiquement une œuvre n'en délivre que la forme seule ? ».

¹⁶⁴⁵ Voir considérant 29 de la directive 2001/29/CE.

critère de distinction, s'agit-il d'un critère approprié à l'utilisation des technologies numériques ?

b- Mise à mal du critère de distinction fondé sur le transfert de propriété

La prise en compte d'un tel critère de distinction perd de sa pertinence au regard d'une analyse dogmatique¹⁶⁴⁶ des conséquences sur la définition et de la classification des droits (aa), et au regard de la pratique de la Cour de justice de l'Union européenne (bb).

aa- Conséquences sur la définition et la classification des droits

Le critère distinctif attaché au „transfert de propriété“ entraîne deux conséquences: d'une part, la dénaturation de la définition du droit de reproduction et d'autre part, un nouveau rattachement du droit de location et de prêt.

Dénaturation de la définition du droit de reproduction

Comme le souligne aussi Mme Colin, le critère de l'aliénation du support semble « aller au-delà de la définition du droit de reproduction »¹⁶⁴⁷ prévue par l'art. L.122-3 *CPI*. En effet, l'article n'exige nullement une communication effective des exemplaires à un public, mais seulement une possibilité de communication. Transposons cette remarque à l'aliénation des supports permettant en fait une communication effective des œuvres. Cela signifie donc qu'à son tour aussi, l'aliénation des supports incorporant une œuvre ne doit pas être effective, mais uniquement envisagée. Par conséquent, le support de l'œuvre ne devrait pas être apprécié en fonction du *rôle* qu'il assume, mais en fonction du rôle qu'il est *prévu* qu'il assume. Considérer que le transfert de propriété du support constitue le critère permettant de caractériser le droit de reproduction et par la même, de le distinguer du droit de représentation ne semble donc pas s'inscrire dans l'esprit de l'art. L.122-3 *CPI*. Une même incompatibilité avec l'esprit de la loi se dégage à propos des conséquences de la reconnaissance d'un transfert de propriété pour la classification ou l'appréhension du droit de location.

Conséquence pour la classification du droit de location

En effet, le critère dégagé du « transfert de propriété » permet de porter un regard neuf sur les droits de prêt et de location, appréhendés non plus comme des émanations du droit de reproduction mais, de manière logique, comme des applications secondaires du droit de représentation. Une telle classification du droit de location présenterait une rupture par rapport à la classification reconnue en droit français pour les droits de location et de prêt. Traditionnellement, en effet, les droits de location et de prêt sont rattachés au droit de reproduction par l'entremise de la théorie du droit de destination. Or dans la mesure où le droit de reproduction ne s'appliquerait que si la propriété du support de l'œuvre est transférée, ce droit ne peut régir la location et le prêt de ces supports.

En plus de conséquences importantes sur le plan dogmatique, la pertinence du critère de distinction fondé sur le transfert de propriété est critiquable d'un point de vue pratique et doit être nuancée depuis l'arrêt *usedSoft*.

¹⁶⁴⁶ Il s'agit évidemment de 'dogmatique' juridique.

¹⁶⁴⁷ C. COLIN, *Vers un „droit d'utilisation“ des oeuvres?*, n° 260, p. 168.

bb- Remise en cause du critère de distinction portant sur le transfert de propriété, par l'arrêt *usedSoft*?

La pertinence du critère de distinction fondé sur le « transfert de propriété » doit toutefois être nuancée depuis l'arrêt *usedSoft*. En reprenant exactement les termes de M. l'avocat général *Bot*, la *CJUE* déclare que « l'existence d'un transfert de propriété transforme l'acte de communication au public prévu à l'art. 3 (de la directive *InfoSoc*) en un acte de distribution visé à l'art. 4 de ladite directive », soumis au principe d'épuisement¹⁶⁴⁸. Peut-on néanmoins considérer que la référence à un « transfert de propriété », permet aujourd'hui encore de distinguer le droit de représentation (un droit sous forme incorporelle) d'un droit de reproduction (un droit sous forme corporelle), à partir du moment où le transfert de propriété concerne ici un bien incorporel et non un bien corporel ? De plus, ne peut-on pas considérer que la référence à « un transfert de propriété » est à comprendre dans le sens du droit civil du terme ?

Il est nécessaire de rechercher la signification donnée « au transfert de propriété » comme il est employé dans l'arrêt *usedSoft*, avant de prendre position sur la pertinence de ce critère quant à la distinction des droits.

A propos des développements consacrés à l'interprétation d'une « vente », la terminologie de « transfert de propriété » est explicitement prévu dans deux textes internationaux auxquels l'arrêt *usedSoft* fait référence. Il s'agit d'une part de l'art. 4 §2 de la directive *InfoSoc*¹⁶⁴⁹ et d'autre part, de l'art. 6 al. 1 du traité de l'*OMPI*¹⁶⁵⁰ sur le droit d'auteur. Au contraire, l'art. 4 §2 de la directive sur les programmes d'ordinateur ne se réfère pas explicitement « au transfert de propriété ». Cependant, même lorsqu'il est fait référence à cette terminologie, aucun texte ni aucune juridiction ne définit le „transfert de propriété“, si bien que le doute subsiste quant à la signification de cette terminologie.

Quelle est la signification exacte d'un *transfert de propriété*? Cette notion peut couvrir des acceptions très différentes suivant le pays dans lequel elle est appliquée ou le contexte dans lequel elle est utilisée. En droit allemand par exemple, cette terminologie est particulièrement problématique et rappelle l'application du droit des biens. A ce titre, il est intéressant de mentionner une différence fondamentale entre le droit civil français et allemand. En Allemagne, on connaît le *principe de séparation (Trennungsprinzip)* des actes juridiques: on distingue d'une part, le contrat de vente (un contrat synallagmatique entraînant des obligations, art. 433 BGB) et d'autre part, un contrat de transfert de propriété (un contrat relevant du droit des biens et entraînant des effets réels, art. 929 BGB). En France, on ne connaît pas cette distinction entre le droit des biens et le droit des obligations. Prenons un exemple concret. En droit civil français, le contrat de vente entraîne le transfert immédiat de la propriété, si la chose et le prix sont prévus. En France, il n'existe donc pas de contrats ne créant que des effets réels puisque tout contrat crée des obligations. Il en va différemment en Allemagne, puisque les contrats de transfert de propriété entraînent uniquement des effets

¹⁶⁴⁸ Arrêt *usedSoft*, n° 52 ; Conclusion de l'avocat général dans l'affaire *usedSoft*, n° 73.

¹⁶⁴⁹ Art. 4 § 2 de la directive *InfoSoc* dispose que « le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou *premier autre transfert de propriété* dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement ».

¹⁶⁵⁰ Art. 6 al. 1 du traité de l'*OMPI* sur le droit d'auteur dispose que « les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre *transfert de propriété* ».

réels, c'est-à-dire des actes de disposition. En Allemagne, le contrat de vente est donc séparé du contrat de transfère de propriété.

A ce principe de séparation s'ajoute le principe d'abstraction (*Abstraktionsprinzip*). Ainsi, lorsqu'en droit allemand, le contrat de vente d'un bien est nul, l'acheteur reste propriétaire de ce bien, dès lors que le contrat de transfert de propriété reste valable. On fait donc abstraction de la nullité du contrat de vente. Considérons par exemple, que le contrat de vente constitue une « cause » : dans ce cas, le principe d'abstraction en Allemagne permet un enrichissement sans cause, ce qui favorise la mise en place des chaînes de contrats. Pour conclure, l'assimilation par la *CJUE* de la notion de « vente » à la terminologie de « transfert de propriété » peut engendrer, et cela particulièrement en Allemagne, des problèmes de compréhension et donc de réception au niveau national, puisqu'en droit civil, un transfert de propriété est à distinguer d'une vente.

Reste à savoir si la notion de « transfert de propriété », telle qu'utilisée par la *CJUE* dans l'argumentation de l'arrêt *usedSoft* doit être comprise au sens du droit civil. Tel ne semble pas être le cas, puisque la référence à un „transfert de propriété“ fait référence au droit d'auteur¹⁶⁵¹. Dans la version anglaise de l'arrêt *usedSoft*, on parle d'ailleurs du « transfer of the right of ownership of the copy », c'est-à-dire du transfert du droit de titularité sur une copie.

Il faut donc donner raison à M. Pignatari lorsqu'il précise que la décision *usedSoft* a « admis que le droit de distribution puisse s'appliquer en présence de support intangible dans le cadre d'une mise à disposition par le biais d'un téléchargement, ce qui a pour conséquence de décorrélérer la mise en jeu du droit de distribution d'un transfert de propriété stricto sensu [...] »¹⁶⁵², c'est-à-dire au sens civil du terme. Par conséquent, il est clair que la référence générale à un « transfert de propriété » ne semble plus pouvoir départager un droit d'exploitation sous forme corporelle, d'un droit d'exploitation sous forme incorporelle.

Le recours à la terminologie d'un „transfert de propriété“ pour qualifier juridiquement l'utilisation d'une œuvre dans un monde *online* est bien sûr étonnante alors même qu'il s'agit d'une référence à des textes internationaux. En effet, dans le cadre d'une diffusion en ligne d'une œuvre, il a longtemps été affirmé que « les internautes ne deviendront propriétaires d'aucun support »¹⁶⁵³. En France comme en Allemagne, la diffusion d'une œuvre en ligne s'analysait comme une prestation de service et le support immatériel ne pouvait faire l'objet d'un « transfert de propriété ». Il était alors soutenu que les internautes enregistrent l'œuvre sur leur disque dur ou l'impriment n'influe pas sur cette solution puisque c'est en amont que l'exploitation devait se penser. Par ailleurs, le caractère immatériel de la communication au public impliquait nécessairement le droit de représentation. L'arrêt *usedSoft* assimile donc bien une prestation de service à une distribution de marchandises¹⁶⁵⁴.

Peut-on néanmoins véritablement considérer que l'arrêt *usedSoft* remet en cause le critère de distinction portant sur le transfert de propriété, au sens civil du terme ? Tel n'est pas le cas dès lors que l'on considère que la terminologie de « transfert de propriété » n'est pas employée par la *CJUE* dans le sens du droit civil mais bien dans le sens du droit d'auteur. En effet, la Cour rappelle qu'il n'y a « transfert de propriété » d'un programme d'ordinateur, que

¹⁶⁵¹ Vision également partagée par N. MALEVANNY, *Die usedSoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkung des CJUE-Urteils* in : CR 2013, p. 422 s.

¹⁶⁵² O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, Groupe Larcier s.a., 2013, n° 351, page 247.

¹⁶⁵³ C. COLIN, *Vers un „droit d'utilisation“ des oeuvres?*, n° 267, p. 171.

¹⁶⁵⁴ Th. DREIER, *Online and Its Effect on the „Goods“ Versus „Services“ Distinction*, IIC 2013, 137.

lorsqu'il y a un cumulativement « transfert d'une copie » matérielle ou dématérialisée de ce programme et « vente » d'une licence d'utilisation¹⁶⁵⁵. Mentionnant au point 23 de l'arrêt *usedSoft* un droit d'utilisation „à durée indéterminée“ n'ayant a priori pas le caractère définitif d'un transfert de propriété, bien que s'en rapprochant, on peut considérer que la notion de „transfert de propriété“ n'est pas employée dans l'arrêt *usedSoft*, au sens du droit civil. Le modèle commercial de la société *Oracle* permet plutôt un transfert de la titularité des droits d'auteur en faveur de l'utilisateur, sur la copie d'un programme d'ordinateur. Par conséquent, l'arrêt *usedSoft* ne semble pas remettre en cause la pertinence du critère de distinction recourant à la notion de „transfert de propriété“ au sens civil du terme.

Malgré tout, la formulation de l'arrêt *usedSoft* suscite l'étonnement puisqu'elle entraîne une confusion certaine des prérogatives du droit d'auteur. Certains auteurs n'ont pas hésité à qualifier le raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne comme étant une « aberration logique qui ôte sa cohérence et sa prévisibilité à la définition des droits exclusifs dans la directive n°2001/29 (*InfoSoc*)»¹⁶⁵⁶. En effet, l'acte de communication¹⁶⁵⁷ est de nature fondamentalement différente de celle de l'acte de reproduction et de la distribution, si bien que la métamorphose d'un acte de communication insusceptible d'épuisement en un acte de distribution sujet à épuisement remet en cause, de façon évidente la systématique des droits.

cc- Remise en cause par principe, d'un critère de distinction fondé sur le « transfert de propriété ».

Le critère de distinction fondé sur „un transfert de propriété“, même dans sa compréhension dynamique, doit faire l'objet d'une remarque de principe. En quoi, le transfert de propriété d'un support a-t-il une influence sur la distinction de deux droits d'exploitation? De façon tout à fait classique, et comme cela a été évoqué, il ne faut pas perdre de vue que le droit de propriété de l'acquéreur du support est totalement distinct du monopole d'exploitation de l'auteur¹⁶⁵⁸, alors même que cette distinction est mise à mal dans l'environnement numérique.

B- Indice supplémentaire de distinction des droits en Allemagne: la dimension publique d'une exploitation?

Alors, qu'en France, certains auteurs¹⁶⁵⁹ considèrent que le caractère public d'une exploitation constitue le dénominateur commun du droit de représentation et du droit de reproduction – cette affirmation pouvant cependant être controversée –, il est clair que le droit de reproduction en Allemagne, ne présente pas forcément de dimension publique. En effet, la notion de reproduction en droit d'auteur allemand se limite à une fixation matérielle.

¹⁶⁵⁵ Voir arrêt *usedSoft*, n° 48 et suiv.

¹⁶⁵⁶ F. POLLAUD-DULIAN, 4. Droit de distribution. Epuisement. Programmes d'ordinateur, RTDcom. juillet/septembre 2012, p. 545.

¹⁶⁵⁷ Remarque : On peut d'ailleurs noter que la Cour suivant les conclusions du même avocat général avait déjà montré une très curieuse compréhension du droit de communication au public, dans le cas des interfaces graphiques d'un logiciel (voir à ce sujet l'arrêt *CJUE*, 22 déc. 2010, n° C-393/09, D. 2011, 2164) ».

¹⁶⁵⁸ A. LUCAS-SCHLOETTER, *La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des oeuvres protégées par le droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 580.

¹⁶⁵⁹ Voir notamment, M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, 2015 (Chapitre 3, *L'étendue des droits d'auteur*).

Par conséquent, la reproduction d'une œuvre selon l'art. 16 al. 1 UrhG n'a pas nécessairement pour finalité l'atteinte d'un public.

Une telle compréhension excluant la publicité des droits d'exploitation est tout à fait compatible avec une approche du droit de reproduction liée au transfert de propriété du support, telle qu'on vient de le voir précédemment. En effet, le destinataire de l'œuvre, en tant que propriétaire du support, aura la faculté de s'auto-communiquer la forme autant qu'il le désire. Tel est par exemple le cas, lors de la réalisation d'une copie privée d'une œuvre. Elle s'analyse au sens de l'art. 53 de la loi allemande et au sens de l'art. L.122-5 al.2 du *CPI* comme une véritable exception au droit exclusif de reproduction Il en va de même pour l'analyse de l'exception de représentation dans le cercle de famille codifiée en France à l'art. L.122-5 al.1 *CPI*. Dans ce cas, une dimension publique revient à comprendre l'exception de représentation comme une limite naturelle au droit de représentation, et non comme une véritable exception au droit exclusif¹⁶⁶⁰. Il est donc logique qu'on ne connaît pas dans le droit de communication au public en Allemagne, comportant nécessairement une dimension publique, une norme similaire à l'art. L.122-5 al.1 du *CPI*. Considérant l'exception de copie privée comme une exception à part entière, la loi allemande qui définit la notion de reproduction en droit d'auteur, ne fait pas explicitement référence à une quelconque „communication au public“ contrairement à l'art. L.122-2 du *CPI* en France.

Peut-on concevoir des droits d'exploitation sans « publicité » de l'œuvre¹⁶⁶¹ ? Cette question délicate fait l'objet de controverses puisque selon M. Vivant, il faut fortement relativiser la conception selon laquelle les droits patrimoniaux sont conçus sans publicité de l'œuvre. En pratique, il n'y a reproduction qu'aux fins de communication. De plus, l'art. L.122-2 *CPI* dispose bien que „la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public“. C'est pourquoi, l'élément de publicité semble clairement requis.

Néanmoins, la lettre de la loi française semble apporter une toute autre réponse affirmative, cette fois¹⁶⁶². En effet, l'art. L.111-1 *CPI* dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Même en France, il n'est donc nullement fait référence à une condition de publicité pour créer l'œuvre. Dans le même sens, on peut également relever que l'art. L. 122-3 *CPI* n'évoque qu'une simple potentialité de publicité de l'œuvre, puisque la lettre de la loi précise que la « reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre, par tous procédés qui *permettent* de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Par conséquent, on ne peut considérer que le caractère public d'une exploitation constitue le dénominateur commun du droit de représentation et du droit de reproduction en France. Contrairement à la loi française, cependant, la communication au public en Allemagne comporte forcément une dimension publique¹⁶⁶³, ce qui selon la thèse soutenue ici, n'est pas forcément le cas du droit de représentation en France.

¹⁶⁶⁰ Voir en ce sens aussi, M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, 2015, n° 618.

¹⁶⁶¹ Question posée aussi par M. M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, 2015, n° 593.

¹⁶⁶² Voir notamment F. POLLAUD-DULIAN, n° 1162. Par exemple: « On ne peut pas ou ne peut plus dire [...] que le droit de reproduction ne couvrirait, par nature, que les fixations destinées à un usage public ».

¹⁶⁶³ Voir l'article 15 abs. 2 UrhG « droit de communication au public » (en allemand : *Recht der öffentlichen Wiedergabe* ou littéralement, *droit de communication publique*) et l'article 15 abs. 3 UrhG « la communication est publique » (en allemand : *Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn etc.*). Par conséquent, une communication peut ne pas être publique, mais dans ce cas, elle n'est pas englobée dans l'article 15 abs. 2 UrhG.

Il serait donc incorrect de considérer que la dimension publique d'une exploitation en Allemagne permette de distinguer les deux prérogatives que sont le droit de reproduction et le droit de „communication au public“, puisque le droit de reproduction englobe les reproductions destinées à être perceptibles par un public, tout comme les reproductions privées. Il faut cependant bien constater que le caractère public n'est défini qu'à l'art. 15 al. 2 UrhG de la loi allemande. A partir du moment où la loi allemande révèle une compréhension technique du droit de reproduction, le cumul d'application des droits pour la même exploitation d'une œuvre s'en trouve favorisée, ce qui s'explique par un souci de traduire une réalité technique complexe.

Les auteurs du *Traité de la propriété littéraire et artistique* ont d'ailleurs souligné que la « dématérialisation liée aux nouvelles technologies de la communication brouille la frontière entre le vecteur qui porte l'œuvre (donnant lieu à l'exercice du droit de représentation) et le support qui la fixe (donnant lieu à l'exercice du droit de reproduction) »¹⁶⁶⁴. Il y a donc un processus d'entremêlement des droits patrimoniaux. Ce phénomène de cumul va s'accroître fortement lors de la transmission d'une œuvre en ligne.

Section 2- Exemples d'enchevêtrement et application incertaine des droits, exacerbés par l'utilisation de nouvelles techniques numériques

On aborde d'abord le cumul et l'enchevêtrement des droits lors de la qualification juridique de l'utilisation d'une œuvre employant des techniques nouvelles généralement numériques (§1), et énumère ensuite les usages d'œuvres dont la qualification juridique suscite des hésitations, à propos de l'application du droit de reproduction ou du droit de représentation (§2), remettant ainsi en cause la distinction corporelle/incorporelle des droits.

§ 1- Exemples de cumul et d'enchevêtrement des droits

D'une part, l'arrêt *usedSoft* met en lumière les hésitations liées à la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre, considéré par les uns comme relevant du droit de distribution et par les autres comme pouvant être qualifié de communication au public (A). D'autre part, certains actes d'utilisation d'œuvres ayant recours à des techniques numériques, entraînent systématiquement l'application cumulative du droit de reproduction et du droit de communication au public (B).

¹⁶⁶⁴TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, n° 255.

A- Conséquences de l'arrêt *usedSoft* pour la *summa divisio*

L'arrêt *usedSoft* est apparu comme un coup de tonnerre¹⁶⁶⁵ dans le ciel de la propriété intellectuelle. La *CJUE* y affirme que le droit de distribution porte aussi sur les copies immatérielles d'un logiciel téléchargées sur *internet* et qu'il s'épuise dès la première vente de cette copie immatérielle. Le droit de distribution porte donc sur un objet intangible remettant ainsi en cause la dimension « corporelle » du droit de distribution, et par là même la nécessité d'une distinction corporelle/incorporelle des droits (1). Par conséquent, il y a extension de l'épuisement des droits portant sur des objets intangibles (2), si bien que la justification d'une *summa divisio* est remise en cause.

1 - Un droit de distribution (et non une communication au public) portant sur un objet intangible.

Alors que dans l'affaire *usedSoft*, certaines parties avaient évoqué l'application du droit de communication au public, la *CJUE* refuse la mise en œuvre du droit de communication au public et applique le droit de distribution (a), qui plus est, à un objet intangible, que sont les copies immatérielles d'un logiciel, téléchargées à partir de l' *internet* (b).

a- Refus d'une application du droit de communication au public

Les développements subséquents vont montrer que le refus d'une application du droit de communication au public est en fait motivé par des intérêts économiques : il semble que le résultat à atteindre ait influencé la qualification de l'acte juridique en question. Néanmoins, la *CJUE* justifie l'application du droit de distribution dans l'arrêt *usedSoft* en s'appuyant sur la spécificité de la directive concernant les programmes d'ordinateur qui constitue une *lex specialis* (aa), et sur la reconnaissance d'un transfert de propriété portant sur un bien plutôt que sur une prestation de service, éloignant par là même la qualification de communication au public (bb).

aa- Un refus justifié par la *lex-specialis*

Dans le but d'écarter l'épuisement du droit de distribution dans l'affaire *usedSoft*, la commission européenne, et certains pays de l'Union européenne, dont la France, ont soutenu que la mise à disposition par téléchargement d'une copie de logiciel constituait non pas un acte de distribution, au sens de l'art. 4, paragraphe 2 de la directive sur les programmes d'ordinateur, mais bien un acte de communication au public au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. L'acte d'utilisation portant sur les copies immatérielles d'un logiciel, téléchargées à partir de l'*internet*, a cependant été qualifié de distribution par la *CJUE*, en raison vraisemblablement de l'épuisement justement possible de ce droit. Alors que le droit de distribution s'épuise dans les conditions prévues à l'art. 4, paragraphe 2 de la directive sur les

¹⁶⁶⁵ Expression employée par A. LUCAS-SCHLOETTER dans *La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 573 et suiv. (575).

programmes d'ordinateur et à l'art. 4, paragraphe 2 de la directive *InfoSoc*, un acte d'exploitation d'une œuvre relevant du droit de communication au public au sens de l'art. 3, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc* ne peut s'épuiser. L'énoncé du paragraphe 3 de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* ne peut être plus clair puisqu'il prévoit, entre autres, que le droit de „communication au public [...] par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition“ visés au paragraphe 1 de l'art. 3, n'est pas épuisé par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public.

Or dans l'affaire *usedSoft*, la Cour de justice de l'Union européenne exclut l'application du droit de communication au public en faisant référence à l'art. 1 paragraphe 2a) de la directive *InfoSoc*, en ce que « la présente directive laisse intacte [...] la protection juridique des programmes d'ordinateur ». Par conséquent, le droit européen applicable au logiciel et en particulier l'art. 4, paragraphe 2 de la directive sur les programmes d'ordinateur constitue bien une *lex specialis*, ce qui signifie que son régime spécifique prime sur celui du droit commun des œuvres, c'est-à-dire sur la directive *InfoSoc*. Ainsi, à supposer que la relation contractuelle en cause, au principal ou par rapport à une de ses aspects, puisse également relever de la notion de „communication au public“, au sens de l'art. 3, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc*, il demeurerait que la „première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur“ au sens de l'art. 4, paragraphe 2 de la directive 2009/24, donne, conformément à cette même disposition, lieu à l'épuisement du droit de distribution de cette copie¹⁶⁶⁶.

L'absence de reconnaissance d'un acte de communication au public dans l'affaire *usedSoft* s'explique aussi par le fait que la directive sur les programmes d'ordinateur ne renvoie pas explicitement au droit de communication au public, ni même au droit de „mise à la disposition“, tel qu'il est prévu par la directive *InfoSoc*. S'agit-il d'une lacune involontaire, due au fait que la directive sur les programmes d'ordinateur date des années 1991 alors même que l'utilisation des techniques numériques n'était pas encore courante? Force est de constater que la directive sur les programmes d'ordinateur a donné lieu à une nouvelle rédaction en 2009, n'entraînant aucun changement de rédaction majeur¹⁶⁶⁷ sur le fond. L'absence de référence au droit de communication au public par la directive 2009/04 est donc volontaire.

Néanmoins, l'argumentation de la *CJUE* fondée sur le caractère de *lex specialis* de la directive 2009/04 sur les programmes d'ordinateur peut faire l'objet de critiques. En quoi la directive sur les programmes d'ordinateur constitue-t-elle une *lex specialis* par rapport à la directive *InfoSoc* qui prévoit un droit de communication au public éventuellement applicable en l'espèce?¹⁶⁶⁸ La directive *InfoSoc* apporte-t-elle une réponse à la qualification de l'acte d'utilisation du logiciel tel que prévu dans l'affaire *usedSoft*? Rien n'est moins sûr. Il faut néanmoins bien constater que la *CJUE* ne retient pas uniquement le fait que la « mise à disposition par téléchargement d'une copie de logiciel » constitue un acte de communication au public au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*, mais également et surtout que cet acte s'apprécie à l'aune du droit de distribution au sens de l'art. 4 de la directive *InfoSoc* (!) et de son épuisement à l'instar d'une « première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur » visée à l'art. 4, paragraphe 2 de la directive sur les programmes d'ordinateur¹⁶⁶⁹. En reprenant exactement les termes de l'avocat général *Bot*, la Cour déclare que « l'existence d'un transfert de propriété transforme l'acte de communication au public prévu à l'art. 3 (de la directive *InfoSoc*) en un acte de distribution visé à l'art. 4 de ladite directive », soumis au principe

¹⁶⁶⁶ Arrêt *useSoft*, n° 51.

¹⁶⁶⁷ Mis à part, une modification concernant le délai de protection et les numéros de paragraphe.

¹⁶⁶⁸ Voir J. HEYDN : MMR 2012, 591 (592).

¹⁶⁶⁹ Arrêt *usedSoft*, n° 52.

d'épuisement¹⁶⁷⁰. Cette formulation suscite l'étonnement puisqu'elle entraîne une confusion totale des prérogatives du droit d'auteur. En effet, l'acte de communication¹⁶⁷¹ est de nature fondamentalement différente de celle d'un acte de reproduction ou de distribution, si bien que la métamorphose d'un acte de communication non susceptible d'épuisement en un acte de distribution, sujet à épuisement, remet en cause la systématique des droits.

bb- Un refus justifié par la nature de l'acte d'utilisation?

Bien que les actes d'utilisation aient pour objet des œuvres logicielles de caractère intangible, ces actes ne relèvent pas d'un droit d'exploitation sous forme incorporelle, contrairement à ce que l'on pourrait considérer à première vue. La distinction entre un droit de „mise à disposition“ sous forme incorporelle et un droit de distribution sous forme corporelle n'est pas aisée.

Exclusion du droit de communication au public dans l'arrêt *usedSoft*

En pratique, et du point de vue du titulaire de droit, la « mise à disposition » d'un programme d'ordinateur envers le consommateur dans l'arrêt *usedSoft* peut très bien s'analyser au sens de l'art. 3 al. 1 de la directive *InfoSoc*. Les conditions d'application de cet article semblent remplies, puisqu'après la conclusion d'un contrat¹⁶⁷², le programme d'ordinateur a été téléchargé de manière ascendante, et donc „mise à disposition“ d'un public, au sens même de l'art. 19 a UrhG. L'automatisation de l'acte n'influence pas sa qualification juridique.

Néanmoins, le *download* du programme d'ordinateur par le consommateur/acquéreur n'est possible qu'à l'issue d'une „vente“ pouvant s'interpréter comme un contrat de licence entre le titulaire de droit et l'acquéreur de la licence. Comme le souligne justement *Heydn*¹⁶⁷³, il s'agit alors d'une transmission de point à point, ce qui exclut précisément l'application du droit de mise à disposition au sens de l'art. 19a UrhG du droit allemand¹⁶⁷⁴. En fait, la mise à disposition destinée à un public va se concrétiser envers une personne bien particulière: celle avec laquelle un contrat a été conclu. Par conséquent, le téléchargement n'est qu'un processus se rattachant en pratique à la « mise à disposition » mais doit en être distingué. Certains auteurs considèrent alors que l'offre ne relève plus d'une prestation de service mais de la mise en circulation de biens¹⁶⁷⁵. Il y a donc distribution de biens. En fait, dès lors que le contrat de licence est conclu, l'acte en question n'est plus qualifié de « mise à disposition »

¹⁶⁷⁰ Arrêt *usedSoft*, n° 52 ; Conclusion de l'avocat général, n° 73.

¹⁶⁷¹ Remarque : On peut d'ailleurs noter que la Cour suivant les conclusions du même avocat général avait déjà montré une très curieuse compréhension du droit de communication au public, dans le cas des interfaces graphiques d'un logiciel (voir à ce sujet l'arrêt *CJUE*, 22 déc. 2010, n° C-393/09, D.2011, 2164) ».

¹⁶⁷² M. GANZHORN, *Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter*, Dissertation, Freiburg 2015, p. 152.

¹⁶⁷³ T. HEYDN, in : W. Kilian/B. Heussen (Hrsg.), *Computerrechts-Handbuch*, 2013, 1. Abschn. Teil 2, *Vermarktung von Gebrauchtssoftware*, Rn. 91.

¹⁶⁷⁴ M. GRÜTZMACHER, *Endlich angekommen im digitalen Zeitalter! Die Erschöpfungslehre im europäischen Urheberrecht: der gemeinsame Binnenmarkt und der Handel mit gebrauchter Software* : ZGE 2013, 46 (47) ; H. HABERSTUMPF : CR 2012, p. 561 (564) ; J. SCHNEIDER/G. SPINDLER : CR 2014, p. 213 (223).

¹⁶⁷⁵ H. REDEKER : CR 2014, p. 73 (76 s.).

mais de distribution, en raison de la possibilité individuelle „d'accéder“ à l'œuvre. Par conséquent, l'acte de distribution du titulaire de droit a lieu dès lors que l'acquéreur active le téléchargement descendant vis-à-vis d'un certain produit, qui est déjà mis à disposition, par le titulaire de droit¹⁶⁷⁶.

Comme le souligne M. Malevanny, c'est bien le fait de rendre la copie de programme accessible à l'acquéreur qui met fin à l'acte de distribution du titulaire de droit: il y a donc épuisement du droit de distribution. Par conséquent, le téléchargement effectif de la copie de programme n'a pas d'incidence sur la caractérisation du droit de distribution. On ne peut donc pas véritablement considérer que la mise à disposition du programme d'ordinateur se „transforme“ en un acte de distribution, mais plutôt que l'acte de mise à disposition entraîne l'acte de distribution. Finalement, le point de rattachement de l'épuisement n'est pas la copie de programme téléchargée par l'acquéreur, mais bien la copie de programme « mise à disposition » en vue d'un téléchargement sur le site *web* du titulaire de droit, qui par là-même est « distribuée »¹⁶⁷⁷. Le titulaire de droit met donc fin à son acte de distribution dès lors qu'il fait parvenir à l'acquéreur un lien, permettant de télécharger le logiciel avec un code personnel qui active ce lien. Dès lors que ce lien n'est pas limité au premier téléchargement, mais que ce lien est activé sur un laps de temps plus long, alors on peut considérer que la copie de programme quitte le domaine de contrôle du titulaire de droit, si bien que la copie de programme est accessible par n'importe quel acquéreur autorisé. Rattacher la notion d'épuisement du droit de distribution à la copie se trouvant sur le serveur du titulaire de droit a des conséquences importantes. En effet, la porte est ainsi ouverte à l'épuisement de copies se trouvant dans le *Cloud*.

Par conséquent, dès la première vente, « la mise à disposition » au public de la copie de programme devient un acte de distribution. L'arrêt *usedSoft* opère donc véritablement une confusion des prérogatives du droit d'auteur et montre bien l'inadaptation de la distinction entre un droit sous forme corporelle et un droit sous forme incorporelle. En plus il faut dire que la distinction entre un droit de mise à disposition et un droit de distribution n'est pas chose aisée.

Une distinction pas si aisée entre un droit de « mise à disposition » et un droit de distribution

La mise à disposition d'une œuvre sur un site *web* semble donc le „pendant“ par analogie de la distribution d'une œuvre intégrée dans un support corporel. Comment distinguer le droit de mise à disposition du droit de distribution, dès lors que la matérialité du support d'une œuvre disparaît dans un monde numérique ?

La distinction entre ces deux droits est loin d'être évidente. Il faut tout d'abord noter un enchevêtrement des terminologies, puisque certains auteurs emploient les expressions de

¹⁶⁷⁶ H. REDEKER : CR 2014, p. 73 (76) ; L. KUBACH : CR 2013, p. 279 (283). Une telle compréhension renforce la thèse selon laquelle le droit « *Abrufübertragungsrecht* » doit être refusé. A partir du moment, où une mise à disposition avec un téléchargement ascendant constitue une distribution, la création d'un nouveau droit n'est pas nécessaire. Voir A. KOOF, *Senderecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Zeitalter der Konvergenz der Medien*, Mohr Siebeck 2015, p. 104.

¹⁶⁷⁷ N. MALEVANNY, *Die UsedSoft-Kontroverse : Auslegung und Auswirkungen des CJUE-Urteils* : CR 2013, p. 422-427 (423). Ceci est simplement évoqué au n° 45 de la décision et confirmé au n° 75 et 84 de la décision.

„droit de distribution *online*“¹⁶⁷⁸ ou de „distribution incorporelle“¹⁶⁷⁹, et cela bien avant l’arrêt *usedSoft*. Par conséquent, contrairement à l’hypothèse de départ, une distribution *online* ne se résume pas nécessairement à une simple „mise à disposition“ au sens de l’art. 19 a UrhG, ni à une télédiffusion au sens de l’art. 20 UrhG. La liste des droits énumérés à l’art. 15 de la loi sur le droit d’auteur allemand n’étant pas exhaustive, le droit d’auteur allemand reconnaît de larges droits d’exploitation à l’auteur, permettant d’inclure dans son champ d’application de nouvelles formes d’exploitation. Selon M. von Ungern-Sternberg, un droit de „distribution *online*“¹⁶⁸⁰ permettrait de qualifier les actes d’utilisation des œuvres dans le cadre de modèles d’affaires¹⁶⁸¹ prenant la forme d’une „radio personnalisée par le biais d’*internet*“, „d’un service vidéo personnalisé *online*“, et „de services *push*“. Le droit de distribution n’aurait plus pour objet des œuvres ayant un support analogique, mais des œuvres ayant un support numérique, ce qui empiéterait sur le champ d’application du droit de communication au public.

De plus, il faut souligner que le droit de mise à disposition tel que prévu à l’art. 3 de la directive *InfSoc* a suscité des hésitations quant à sa transposition en droit allemand. En absence d’une communication à un public *effectif* dans le cadre d’une mise à disposition, le rattachement du droit de mise à disposition au droit de distribution, c’est-à-dire au droit d’exploitation sous forme corporelle, a fait l’objet de discussions en Allemagne. En raison de la dimension incorporelle du droit de mise à disposition, ce droit a été transposé à l’art. 19 a UrhG, et il est aujourd’hui acquis que les droits d’exploitation sous forme incorporelle présupposent d’atteindre un public *potentiel*. A l’inverse, il y a distribution d’une œuvre sous forme corporelle, dès lors que cette œuvre est simplement „offerte“ à un tiers¹⁶⁸² isolé, ne constituant donc pas un „ensemble de personnes“ caractérisant un public selon la jurisprudence développée par la *CJUE*. Ainsi, alors même que l’art. 17 al. 1 UrhG fait explicitement référence au caractère public de la mise en circulation d’une œuvre, une distribution individuelle suffit à remplir le critère public du droit de distribution¹⁶⁸³. Reste à savoir si la mise à disposition individuelle d’une œuvre constitue une communication à un public potentiel. Comment déterminer le caractère public d’un acte d’utilisation puisque les modèles d’affaires sur *internet* proposent de plus en plus d’offres individualisées, tel par exemple, la transmission de vidéos à la demande, stockées dans le *cloud* ? S’agit-il alors d’une utilisation ayant un caractère public c’est-à-dire d’une transmission aux membres d’un public

¹⁶⁷⁸ Traduction de l’allemand « *Online-Verbreitungsrecht* », une terminologie employée par J. v. UNGERN-STERNBERG dans *Senderecht und Recht an der öffentlichen Zugänglichmachung – Verwertungsrecht in einer sich wandelnden Medienwelt*, in *Werkvermittlung und Rechtmanagement im Zeitalter von Google und You Tube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt*, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, K. STERN, K.-N. PEIFER, K.-E. HAIN (éd.), C.H. Beck München, 2011, p. 64 et suiv.

¹⁶⁷⁹ Traduction de l’allemand „unkörperliche Verbreitung“, une terminologie employée par M. SCHWARZ, in : GRUR 1996, 836.

¹⁶⁸⁰ Ce droit de distribution *online* serait défini par Monsieur J. v. UNGERN-STERNBERG de la façon suivante: „Das Recht der öffentlichen *Online-Verbreitung* ist das Recht, das in elektronischer Form bereitgehaltene Werk entsprechend einem öffentlichen Angebot durch Senden mit funktechnischen oder ähnlichen Mitteln einzelnen Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich zu machen“. Voir *Senderecht und Recht an der öffentlichen Zugänglichmachung – Verwertungsrecht in einer sich wandelnden Medienwelt*, voir supra, p. 68.

¹⁶⁸¹ Il s’agit ici de modèles d’affaires ne pouvant être qualifiés juridiquement comme relevant du droit de mise à disposition au sens de l’article 19 a UrhG, ou du droit de télédiffusion au sens de l’article 20 UrhG, en raison notamment de l’individualité marquée de ces modèles d’affaires, rendant difficile la reconnaissance de la dimension publique de l’exploitation.

¹⁶⁸² *BGH* : GRUR 1991, 316, 317 – *Einzelangebot*.

¹⁶⁸³ Voir G. SCHULZE, *Aspekte zu Inhalt und Reichweite von § 19 a UrhG* : ZUM 2011, 2 (6).

ou ne s'agit-il que d'une utilisation „privée“ ne relevant pas du champ d'application du droit d'auteur? A l'heure du *cloud Computing* et des accès individuels à des œuvres stockées dans des nuages, il n'est pas évident de caractériser l'exploitation d'une œuvre en ne tenant compte que du caractère public de l'utilisation.

b- Reconnaissance d'un droit de distribution applicable à un objet intangible

Après avoir présenté l'application nouvelle du droit de distribution à un objet intangible (aa), une évaluation de cette application est nécessaire au regard des textes internationaux (bb).

aa- Application du droit de distribution à un objet intangible

Analysons l'emploi de la terminologie de droit de distribution, avant d'expliquer la reconnaissance d'un bien intangible, plutôt qu'un service.

Droit de distribution

L'art. 6 al.1 du traité de l'*OMPI* sur le droit d'auteur définit la distribution d'une œuvre comme la mise à disposition de celle-ci à un public « par la vente ou tout autre transfert de propriété ». A première vue, une même terminologie est employée par l'art. 4 al.2 de la directive *InfoSoc*. Il en va différemment de l'art. 4 al.2 de la directive dite sur les programmes d'ordinateur qui n'utilise que la terminologie de « vente », devant être comprise dans le sens d'un transfert de propriété selon la *CJUE*. Une telle „vente a lieu, dès lors que la copie de programme est mise à disposition dans le cadre de la « transmission » de droits d'utilisation. La conclusion d'un contrat de licence en combinaison avec la mise à disposition d'une copie de programme constitue un acte de distribution au sens de l'art. 4 al. 1 de la directive sur les programmes d'ordinateur¹⁶⁸⁴. Ainsi, le téléchargement n'est pas nécessaire pour l'acte de distribution. Par conséquent, le *download* correspond à la remise de la chose, au transfert de l'œuvre, dans un monde analogique¹⁶⁸⁵. Une telle analyse est également réalisée par la *CJUE*, dans le cadre d'une argumentation fondée sur l'équivalence économique¹⁶⁸⁶. Sur le plan du résultat, on ne peut donc qu'être d'accord avec la formulation de l'art. 6 du traité de l'*OMPI*. Si l'on souhaite transposer un raisonnement ayant lieu dans un monde analogique, on est bien obligé d'accorder une telle interprétation au droit de distribution.

On a donc établi ici un parallélisme entre l'exemplaire corporel ou incorporel d'une œuvre. Comme le fait remarquer très justement M. Ganzhorn, le fait que la directive relative aux programmes d'ordinateur constitue une *lex specialis*, n'est plus aussi important ; car l'art. 6 al. 1 WCT, selon lequel un acte relevant du droit de communication au public devient un acte de distribution par le biais d'un transfert de propriété, entraîne uniquement des conséquences directes pour les art.s 3 et 4 de la directive *InfoSoc*, des conséquences simplement transposées à l'art. 4 de la directive sur les programmes d'ordinateur. Finalement, on peut dire que la *CJUE* transpose un raisonnement fondé sur l'art. 6 al. 1 WCT de droit commun d'auteur, à un monde spécifique. Rien n'empêche l'application de l'art. 6 à des œuvres incorporelles. Finalement le

¹⁶⁸⁴ M. GANZHORN, *Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter*, Dissertation, Freiburg 2015, p.150.

¹⁶⁸⁵ Voir à ce sujet REDEKER : CR 2014, p. 73 (76 s.)

¹⁶⁸⁶ Arrêt *usedSoft*, n° 61.

recours à l'argument de la *Lex Specialis*, n'a de sens que si d'autres arguments peuvent être invoqués à l'encontre d'un épuisement des objets incorporels, comme c'est le cas des considérants 28 et 29 de la directive *InfoSoc*¹⁶⁸⁷.

Reconnaissance d'un bien intangible plutôt qu'un service

Il est surprenant de constater que le modèle d'affaires proposé par *Oracle* n'a pas été qualifié par la *CJUE* de « prestation de service ». En fait, il semble que le résultat à atteindre ait influencé la qualification juridique de l'acte en question.

L'épuisement est en principe clairement exclu en matière de prestation de service¹⁶⁸⁸. En effet, jusqu'à l'arrêt *usedSoft*, aucun doute ne subsistait pour admettre que la distribution s'entendait nécessairement à la mise en circulation d'un exemplaire *matériel* de l'œuvre, c'est-à-dire d'un objet *tangible* dans lequel l'œuvre de l'esprit est incorporée¹⁶⁸⁹. Cette portée restrictive du principe de l'épuisement s'explique principalement par son but recherché puisqu'il s'agit, dans un monde analogique tout du moins, de trouver un équilibre entre les exigences de la libre circulation des *marchandises* et la nécessaire protection des droits intellectuels qui confèrent en principe à leurs titulaires un monopole d'exploitation. C'est cette supposée dichotomie opérée par la directive *InfoSoc* entre, d'une part, les œuvres commercialisées sur support physique auquel s'appliquerait la théorie de l'épuisement des droits et, d'autre part, les œuvres disponibles sous forme dématérialisée pouvant être considérées comme des « services en ligne », qui a vraisemblablement motivé la *CJUE* à reconnaître dans l'affaire *usedSoft* l'existence d'une œuvre incorporée dans une marchandise comme un bien.

Or comment distinguer, en pratique, la mise en circulation d'un bien et une prestation de service? Ce n'est pas toujours évident. Ne peut-on pas approuver l'approche du gouvernement français dans l'affaire *usedSoft*, qui a soutenu qu'il ne pouvait y avoir épuisement en cas de téléchargement de logiciel, puisqu'il s'agissait d'une offre par l'intermédiaire d'un service en ligne, ajoutant que le contrat de maintenance d'*Oracle* relevait à l'évidence de la prestation de service? Le modèle d'affaires de *usedSoft* repose-t-il sur une prestation de service, ou sur la revente d'occasion de logiciels considérés comme „des biens culturels numériques“ ? En fait, le développement des modèles économiques de „distribution“ des œuvres par téléchargement payant se situe à mi-chemin entre la vente d'un support incorporant une œuvre de l'esprit et la prestation de services : la fourniture d'un accès à l'œuvre¹⁶⁹⁰. Ces nouveaux modèles économiques ont en commun avec la vente d'un support, une maîtrise durable de l'exemplaire de l'œuvre, avec une possibilité de relecture de cette œuvre, et cela de manière illimitée dans

¹⁶⁸⁷ M. GANZHORN, *Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter*, Dissertation, Freiburg 2015, p. 151.

¹⁶⁸⁸ V. le considérant 29 de la directive *InfoSoc* : « la question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne [...] » ; Voir aussi la déclaration commune relative aux articles 6 et 7 WCT : « aux fins de ces articles, les expressions « exemplaires » et « original », dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces articles, désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles » .

¹⁶⁸⁹ V. le considérant 28 de la directive *InfoSoc* : „La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel. La première vente dans la Communauté de l'original d'une œuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de contrôler la revente de cet objet dans la Communauté [...]“.

¹⁶⁹⁰ A. LUCAS-SCHLOETTER, *La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 580.

le temps. Avec la prestation de service, ces nouveaux modèles partagent l'immatérialité de l'accès à l'œuvre qui n'est pas subordonné à l'exercice préalable du droit de reproduction de la part de l'auteur. En plus, ce mode de „consommation“ des œuvres brouille non seulement les frontières entre la vente de support et une prestation de service, mais également les frontières classiques entre contrats d'exploitation (relevant du monopole) et contrats par lesquels l'utilisateur final prend connaissance de l'œuvre (ne permettant donc qu'un accès à l'œuvre et ne relevant pas du monopole).

Selon Mme Lucas-Schloetter, la mise à disposition d'un fichier numérique à un client est une prestation de service, indépendante de la propriété intellectuelle. Mais la circonstance que le fichier contient une œuvre protégée n'est pas indifférente, puisque l'utilisation de ce fichier par le client est nécessairement subordonnée à un acte de reproduction.

De son côté, M. Dreier considère que le modèle d'affaires dans l'arrêt *usedSoft* constitue plutôt une prestation de service, appréciée selon les critères permettant de caractériser la circulation des marchandises¹⁶⁹¹. Or ce n'est pas la première fois que la Cour de justice réalise une inversion de l'argumentation, puisque dans l'arrêt *Murphy* déjà, les actes d'utilisation portant sur des marchandises avaient été appréciés suivant des critères relevant d'une prestation de service. La distinction entre une marchandise et un service est donc loin d'être évidente. Elle est d'autant plus complexe, que le bien est incorporel, non tangible. Quel est l'objet du contrat dont il est question dans l'affaire *usedSoft* ? Quelle est la contrepartie du paiement par le consommateur ? S'agit-il pour le consommateur de détenir un support, même immatériel, intégrant une œuvre (il s'agit alors d'un bien incorporel) ou s'agit-il d'utiliser une œuvre „mise à disposition“ dans le cadre d'une prestation de service

Ne peut-on qualifier l'acte d'utilisation d'une œuvre de distribution, que lorsque l'œuvre est incorporée dans un objet tangible ? Tel ne semble pas le cas, dès lors que l'on applique la directive dite „des programmes d'ordinateur“, puisque elle ne précise pas que le droit de distribution ne trouve à s'appliquer que dans le cas de l'incorporation d'une œuvre dans un objet tangible. Il en va différemment en ce qui concerne la directive *InfoSoc*. Ici, le droit de distribution et donc son épuisement, ne trouvent à s'appliquer que lorsqu'une œuvre est incorporée dans un objet tangible. Ceci a sans doute motivé la *CJUE* à considérer l'objet du contrat comme étant un bien, et non une prestation de service, et par là-même à aller plus loin, en assimilant la copie immatérielle de l'œuvre logicielle à une copie physique, rendant l'épuisement du droit de distribution applicable.

L'assimilation par la Cour de justice de la copie immatérielle à la copie physique d'une œuvre ou prestation protégée par un droit de propriété intellectuelle repose sur des arguments tenant compte de la neutralité technologique et de l'équivalence économique¹⁶⁹².

Or, les modalités d'acquisition de la copie d'une œuvre, par le biais d'un support ou d'un téléchargement, devraient être sans incidence sur la portée et l'étendue de l'épuisement du droit de distribution. C'est à juste titre que Mme Lucas-Schloetter souligne que „sous couvert de neutralité technologique [...] il s'agit en réalité ici de prendre parti sur la nature juridique du contrat conclu entre le service de téléchargement et son client, et ce en faveur de l'existence

¹⁶⁹¹ Th. DREIER/M. LEISTNER, *Urheberrecht im internet : die Forschungsherausforderungen* : GRUR 2013, 881 s.

¹⁶⁹² A. LUCAS-SCHLOETTER, *La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 573 et suiv. (577).

d'un transfert de propriété¹⁶⁹³. A partir du moment où le client est devenu propriétaire de la copie obtenue par téléchargement, il est légitime de reconnaître l'épuisement du droit de distribution, dans le but de limiter la possibilité de l'auteur de contrôler le sort des exemplaires de son œuvre et de respecter ainsi le droit de propriété du client par rapport au support.

La prise en compte d'un bien incorporel comme étant une marchandise pouvant faire l'objet d'une vente, c'est-à-dire d'un transfert de propriété, est parfois critiquée en ce sens que des copies immatérielles en ligne ne peuvent être vendues, puisque le vendeur de ces copies ne perd pas le contrôle sur celles-ci, en raison précisément de l'inapplication de l'épuisement à un objet incorporel¹⁶⁹⁴. Selon M. Malevanny, cette critique néglige la réalité, en ce qu'il existe une équivalence économique entre une œuvre incorporée dans un objet corporel et une œuvre diffusée sous une forme incorporelle. Comme le souligne aussi la Cour de justice, un bien incorporel peut donc constituer une marchandise. D'ailleurs, il ne fait plus l'ombre d'un doute que les œuvres enregistrées sur un disque dur, sur une clef *USB* ou sur toute autre forme de support, sont considérées comme des exemplaires de reproduction, indépendamment du support sur lequel elles sont fixées. Peu importe la nature du support (corporel ou incorporel) et peu importe l'emballage: pourvu que le contenu convienne!

Cette équivalence économique doit pourtant être nuancée. En effet, « contrairement à la mise à disposition d'une œuvre sur *internet* pour laquelle l'utilisateur paie à chaque consultation [...] sans conserver la moindre maîtrise sur un exemplaire »¹⁶⁹⁵, comme c'est généralement le cas pour toute consultation en lecture continue, tel le *streaming*, Mme Lucas-Schloetter souligne que „la distribution“ d'une œuvre par téléchargement est un « modèle économique fondé sur une rémunération unique et définitive des titulaires des droits »¹⁶⁹⁶. Or, précisément, un tel raisonnement renvoie à l'une des justifications de la règle de l'épuisement mise en avant par une partie de la doctrine allemande, selon laquelle la limitation du droit d'auteur de contrôler le sort des exemplaires de son œuvre serait justifiée dans la mesure où ce dernier a obtenu une rémunération suffisante lors de la première vente. Pourtant, cette théorie, avancée aussi en matière de brevets et de marques, n'est pas admissible en ce qui concerne le droit d'auteur. En effet, elle entraîne une négation du droit exclusif de l'auteur, en raison de considérations purement économiques et semble difficilement conciliable avec le principe de la rémunération proportionnelle de l'auteur tel que le consacre le droit français.

Dans l'affaire *usedSoft*, la reconnaissance d'un bien incorporel semble avoir été motivée par le but à atteindre : la libre de circulation des marchandises. Or, c'est bien la libre circulation des marchandises qui justifie l'épuisement des droits. La règle de l'épuisement s'applique-t-elle aux hypothèses de commercialisation des œuvres par voie du téléchargement? Mme Lucas-Schloetter argumente¹⁶⁹⁷ que l'épuisement du droit de distribution a pour but de permettre la libre circulation d'un exemplaire *préalablement* confectionné, puis mis en circulation avec le consentement de l'auteur. Or dans l'affaire *usedSoft*, l'exemplaire du logiciel, n'a jamais été mise en circulation. Sauf à considérer que le contrat dans l'affaire *usedSoft* porte sur la vente d'une copie virtuelle, ou d'une chose future, l'objet du contrat, c'est-à-dire la copie immatérielle, n'existe pas encore au moment de la

¹⁶⁹³ A. LUCAS-SCHLOETTER, *ibid.*

¹⁶⁹⁴ H. HABERSTUMPF : CR 2012, p. 561 (563).

¹⁶⁹⁵ N. MALEVANNY : CR 2013, p. 423 (427).

¹⁶⁹⁶ A. LUCAS-SCHLOETTER, *La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 577.

¹⁶⁹⁷ A. LUCAS-SCHLOETTER, *ibid.*, p. 573s.

conclusion du contrat de vente. Ce n'est que le contrat qui octroie au client la faculté de confectionner une copie du logiciel. Ce qui est qualifié de « revente d'occasion » n'est en fait que l'autorisation consentie au second « acquéreur », d'effectuer à son tour une copie, nécessairement distincte de la première. Par conséquent, l'argument tiré de la liberté de circulation des marchandises perd ainsi tout pertinence !

bb- Conformité avec l'art. 6 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur?

Il faut examiner, si la reconnaissance d'un droit de distribution applicable à un objet intangible, tout comme l'élargissement de la portée de l'épuisement sur des copies incorporelles par la *CJUE* va à l'encontre des dispositions du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur¹⁶⁹⁸. Adopté à Genève le 20 décembre 1996, ce traité n'est entré en vigueur au niveau de l'Union européenne que le 14-3-2010, tout comme en Allemagne et en France. A ce propos, le considérant 15 de la directive *InfoSoc* prévoit explicitement que la directive vise à mettre en œuvre les dispositions de ce traité¹⁶⁹⁹. Les développements précédents ont déjà suggéré que l'art. 6 du traité de l'OMPI et l'interprétation qui en est donnée aux art.s 6 et 7 de la *déclaration commune* de l'OMPI signifie que le droit de distribution, et *a fortiori* son épuisement, n'englobe que des biens corporels. A première vue, et en conformité avec la majeure partie de la doctrine allemande, on pourrait considérer que l'élargissement de la portée de l'épuisement sur des copies incorporelles par la *CJUE* va à l'encontre des dispositions du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur¹⁷⁰⁰. Rien n'est moins sûr. En effet, une simple lecture littérale de l'art. 6 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur – dont la formulation a été reprise par l'art. 4 al. 1 de la directive *InfoSoc* – ne permet pas d'affirmer que le droit de distribution ne concerne que des exemplaires d'œuvres corporels. L'art. 6 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur concernant le droit de distribution dispose que :

Al.1 « les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété »

Al.2 « Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles, dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1 s'applique après la première vente ou tout autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre effectuées avec l'autorisation de l'auteur ».

Rien n'indique donc que le droit de distribution au sens de ce texte international ne concerne que des exemplaires d'œuvres corporels. Selon l'alinéa 2 de l'art. 6, ce sont même les parties qui peuvent décider des conditions de réalisation de l'épuisement des droits. Dans le but d'interpréter le droit de distribution et donc son épuisement, comme ne concernant que des biens corporels, il est souvent fait référence aux déclarations communes en annexe du traité. La prise en compte de ces déclarations communes est néanmoins controversée.

Tout d'abord, rien ne justifie une prise en compte de ces déclarations communes, en vu d'interpréter le droit de distribution prévu à l'art. 6 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur,

¹⁶⁹⁸ Voir T. HEYDN : MMR 2012, 591 f.; HEYDN : MMR 2011, 309 (310); F. KOCH, ITRB 2013, p. 38.

¹⁶⁹⁹ Considérant 15: « [...] La présente directive vise aussi à mettre en œuvre certaines de ces nouvelles obligations internationales ».

¹⁷⁰⁰ Ainsi T. HEYDN : MMR 2012, 591 f.; T. HEYDN : MMR 2011, 309 (310); F. Koch, ITRB 2013, p. 38.

appliqué dans le cadre de l'utilisation de nouvelles technologies. La *déclaration commune* fut rédigée à une époque (1996) où le commerce des licences d'occasion n'était pas encore trop développé. Le texte n'apportant vraisemblablement pas de réponse à la question posée, on est en présence d'un vide juridique¹⁷⁰¹ permettant un raisonnement par analogie¹⁷⁰². De plus, on peut douter de l'effet contraignant ou de la force obligatoire des déclarations communes¹⁷⁰³.

Par ailleurs, même si les déclarations communes avaient un effet contraignant, deux observations peuvent être formulées quant à leur interprétation. En anglais, les déclarations communes sont exprimées de la façon suivante : « As used in these Articles, the expressions « copies » and « original and copies » being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects »¹⁷⁰⁴.

Une lecture littérale de la déclaration commune en anglais permet *a priori* de considérer que le droit de distribution ne concerne que des objets tangibles, corporels. Tel n'est pas forcément le cas.

Premièrement, puisque la terminologie ne désigne pas nécessairement un « objet corporel », il faut souligner que certains Etats ayant transposé le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, ont une compréhension de l'expression « objet tangible » (*en anglais : tangible objects*) qui ne coïncide pas avec celle du droit français. Tel est par exemple le cas des Etats-Unis qui ont joué un rôle prépondérant dans la formulation du traité de l'OMPI¹⁷⁰⁵. Ainsi, d'après le U.S. Copyright Office, un *medium tangible* peut également désigner un fichier informatique¹⁷⁰⁶. Une fois la transposition du traité de l'OMPI réalisée, le téléchargement relève du droit de distribution¹⁷⁰⁷ et est soumis à l'épuisement.

Deuxièmement, la déclaration commune exprime que les exemplaires constituant des biens corporels, *peuvent* être distribués (*en anglais : « that can be put into circulation » etc.*). Le lien unissant le droit de distribution et le caractère corporel des biens n'est donc pas aussi fort.

Finalement, une lecture attentive de la déclaration commune en plusieurs langues laisse apparaître les ambiguïtés du texte et fait douter de la nécessité d'une distinction stricte entre un droit sous forme corporelle et un droit sous forme incorporelle. Malgré le point de vue non équivoque de la doctrine, il ne ressort pas clairement des textes, que l'élargissement de la portée de l'épuisement des droits est contraire aux traités internationaux. Le moins que l'on puisse dire, c'est que la jurisprudence *usedSoft* remet en cause l'idée originare selon laquelle il n'y a épuisement que des droits portant sur des biens tangibles.

¹⁷⁰¹ *En allemand: unbewusste Regelungslücke.*

¹⁷⁰² O. SOSNITZA, K&R 2011, p. 234 (244).

¹⁷⁰³ Voir à ce sujet par exemple Th. HARTMANN : GRUR-Int. 2012, 980 (982).

¹⁷⁰⁴ Art. 6 WCT.

¹⁷⁰⁵ Voir par exemple C. P. RIGAMONTI : GRUR-Int. 2005, 1 (4) ; GRUR-Int. 2009, 14 (21).

¹⁷⁰⁶ Voir par exemple : U.S. Copyright Office, Copyright and Digital Files, pouvant être téléchargée grâce à <http://www.copyright.gov/help/faq/faq-digital.html>: « ...any original work of autorship fixed in a tangible medium (including a computer file)... ».

¹⁷⁰⁷ Voir par exemple *Capitol Records Inc. v. Thomas*, 597 F. Supp. 2d 1210 (D. Minn. 2008).

2- Elargissement de l'épuisement du droit de distribution portant sur un objet intangible, un bien immatériel

Selon la *CJUE*, l'épuisement du droit de distribution tel que prévu dans le sens de l'art. 4, paragraphe 2 de la directive sur les programmes d'ordinateur concerne les copies immatérielles d'un programme d'ordinateur et les copies de programmes d'ordinateur, qui à l'occasion de leur première vente, ont été téléchargées au moyen d'*internet*, sur l'ordinateur du premier acquéreur¹⁷⁰⁸. D'une part, on constate que le libellé de l'art. 4, paragraphe 2 ne donne pas d'indication concernant le caractère matériel ou immatériel de la copie, puisque la terminologie utilisée est celle de « copie d'un programme d'ordinateur ». D'autre part, les juges de la *CJUE* précisent explicitement que l'art. 4, paragraphe 2 de la directive sur les programmes d'ordinateur n'opère aucune distinction de forme et concerne à la fois les copies matérielles et immatérielles¹⁷⁰⁹. Ces considérations sont confortées par une référence à l'art. 1^{er} paragraphe 2, de la directive sur les programmes d'ordinateur disposant que « la protection prévue par [cette] directive s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur ». Le considérant 7 de cette même directive confirme cette approche, puisqu'il entend assurer la protection des « programmes sous quelque forme que ce soit »¹⁷¹⁰.

Alors même que le libellé de l'art. 4, paragraphe 2 est formulé de manière neutre, la Cour de justice considère que cette disposition fait clairement apparaître la volonté du législateur de l'Union d'assimiler les copies matérielles et immatérielles d'un programme d'ordinateur. Quelle est véritablement la volonté du législateur ?

a- Volonté du législateur dans la directive sur les programmes d'ordinateur

La détermination de la volonté du législateur fait l'objet d'une vive controverse en Allemagne. Certains auteurs soutiennent que l'épuisement du droit de distribution ne concerne que des œuvres incorporées dans des objets tangibles, dans des biens matériels. D'autres auteurs soutiennent au contraire que la directive sur les programmes d'ordinateurs admet également l'épuisement du droit de distribution portant sur des objets intangibles. Plusieurs arguments sont évoqués en faveur ou à l'encontre de ces deux points de vue.

En fait, il ne s'agit pas tellement de savoir si la directive sur les programmes d'ordinateur datant de l'année 1991 englobe déjà la distribution d'exemplaires incorporels d'œuvres¹⁷¹¹ que de rechercher si le législateur européen, lors de la consolidation de cette même directive en 2009, en a décidé ainsi. Plusieurs arguments peuvent être invoqués à l'encontre d'une portée différente des deux versions de la directive. Tout d'abord, le législateur européen n'a pas explicitement prêté attention sur une différence de portée de la version de 2009 par rapport à la version de 1991 de la directive. De plus, l'élargissement de l'épuisement du droit de distribution à une œuvre incorporée à un objet intangible semble difficilement compatible avec une interprétation uniforme (et commune à toutes les directives) de certaines notions du droit de l'Union¹⁷¹². Certains arguments néanmoins plaident en faveur d'une portée différente des deux versions. Quel aurait été l'intérêt de consolider une directive existante sans procéder

¹⁷⁰⁸ Arrêt *usedSoft*, n° 59.

¹⁷⁰⁹ Arrêt *usedSoft*, n° 55, 58, 59.

¹⁷¹⁰ Arrêt *usedSoft*, n° 57.

¹⁷¹¹ Voir T. HEYDN : MMR 2012, 591 (592).

¹⁷¹² Voir à ce sujet, M. STIEPER : ZUM 2012, 668 (669).

à une modification de sa portée¹⁷¹³ ? L'absence de modification de la version de 2009 peut tout aussi bien témoigner de la volonté du législateur européen, de ne justement pas vouloir restreindre l'épuisement des droits sur des copies de programme, fixées sur des supports matériels¹⁷¹⁴. C'est sûrement en ce sens qu'il faut comprendre la déclaration de la *CJUE* selon laquelle le législateur de l'Union exprime dans le contexte précis de la directive sur les programmes d'ordinateur « une volonté différente »¹⁷¹⁵ de la directive *InfoSoc*. Dès lors que la directive sur les programmes d'ordinateur s'applique à toute « forme d'expression d'un programme d'ordinateur »¹⁷¹⁶ ou vise les « programmes sous quelque forme que ce soit »¹⁷¹⁷, elle semble aussi englober des exemplaires incorporels de programmes d'ordinateur¹⁷¹⁸. De plus, on peut noter que l'art. 4, paragraphe 1. c de la directive sur les programmes d'ordinateur englobe « toute forme de distribution ».

La reconnaissance d'une portée différente des deux textes européens ne constitue-t-elle pas une conclusion trop hâtive? En effet, selon le Rapport de la commission sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, « il faut garder à l'esprit qu'en vertu de la directive, l'épuisement communautaire ne s'applique qu'à la vente de copies, c'est-à-dire de marchandises, de biens, tandis que l'offre par le biais de services en ligne n'entraîne pas l'épuisement »¹⁷¹⁹. Il ne fait pas de doute que les copies de programmes dont il est question ici dans la première partie de la phrase sont incorporées dans des biens corporels. Alors que l'on parle de services en ligne, dans la deuxième partie de la phrase, cela fait penser aux prestations de services, que l'on doit distinguer du commerce avec des objets intangibles, *online*. Pour conclure, on ne peut pas dire qu'il y a une volonté très claire du législateur européen de reconnaître l'épuisement des droits par rapport à des copies de programme intangibles, mais on peut tout de même affirmer que la directive n'opère pas de distinction¹⁷²⁰. C'est pourquoi il est faux que la *CJUE* crée le droit et élargit la portée de l'épuisement¹⁷²¹ et ce n'est d'ailleurs pas dans sa compétence d'élargir la portée des droits¹⁷²². En effet, on peut très bien considérer que la Cour de justice ne crée pas de nouveaux droits, mais ne fait qu'interpréter des normes déjà présentes.

Au vu du développement des nouvelles technologies dans les années 2000, l'absence d'une référence à des programmes d'ordinateur sous forme incorporelle constitue-t-elle une lacune, non prévue par les rédacteurs de ce texte, pouvant être comblée par un raisonnement par analogie ?

b- Disposition de la directive *InfoSoc*

En accord avec la volonté du législateur, c'est bien la portée de la directive *InfoSoc* qui suscite des hésitations. Alors que l'avocat général réalise de nombreuses références à la

¹⁷¹³ En ce sens, voir K.-N. PEIFER AfP 2013, 89 (91).

¹⁷¹⁴ Tel est par exemple le point de vue de HARTMANN : GRUR Int. 2012, 980 (982).

¹⁷¹⁵ Arrêt *usedSoft*, n° 60.

¹⁷¹⁶ Art. 1, paragraphe 2 de la directive 2009/24.

¹⁷¹⁷ Considérant 7 de la directive 2009/24.

¹⁷¹⁸ Contra : J. SCHNEIDER/G. SPINDLER : CR 2012, p. 489 (492).

¹⁷¹⁹ Rapport de la commission au conseil, au parlement européen et au comité économique et social, sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, KOM (2000) 199, du 10.04.2000, p.18.

¹⁷²⁰ Voir aussi N. RAUER/D. ETTIG, EWS 2012, 322 (326).

¹⁷²¹ N. RAUER/D. ETTIG, EWS 2012, 322 (326).

¹⁷²² C-456/06 : GRUR 2008, 604, n° 38. – *Le Corbusier*.

directive *InfoSoc*, la Cour de justice ne cherche pas véritablement à analyser cette directive. Deux aspects peuvent en être déduit : d'une part, une même application de l'épuisement des droits au niveau de la directive sur les programmes d'ordinateur et la directive *InfoSoc* ne semble pas d'entrée de jeu exclue. D'autre part, la *CJUE* semble accorder une plus grande importance à la directive sur les programmes d'ordinateur. Par conséquent, la cour de justice n'a pas thématiquement la volonté du législateur de la directive *InfoSoc*. En fait, la Cour de justice n'a utilisé la directive *InfoSoc* que pour considérer qu'il y a distribution lors d'un transfert de propriété, au sens du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur¹⁷²³.

3- Conclusion

L'arrêt *usedSoft* remet-il véritablement en cause la *summa divisio* ?

a- Remise en cause de la *summa divisio* par l'arrêt *usedSoft* ?

Peut-on aujourd'hui encore justifier la distinction entre un droit d'exploitation sous forme corporelle et un droit d'exploitation sous forme incorporelle ?¹⁷²⁴ La réponse à cette question n'est pas évidente, puisque dans un monde analogique *offline*, cette distinction a toute sa raison d'être. Néanmoins, dans un monde numérique *online*, et plus particulièrement dans l'arrêt *usedSoft*, la *CJUE* dissout la distinction entre une exploitation sous forme corporelle et une exploitation sous forme incorporelle, puisque la Cour de justice accorde de l'importance à l'objet même de l'exploitation, c'est-à-dire à son produit final, et non à la forme de l'exploitation¹⁷²⁵. C'est ce qui explique l'application du droit de distribution à une exploitation sous forme incorporelle. La remise en cause de la *summa divisio* n'est pas nouvelle, puisque dans les années 1990, déjà, certains auteurs visionnaires avaient souligné que la numérisation effaçait les frontières entre une exploitation sous forme corporelle et une exploitation sous forme incorporelle¹⁷²⁶.

Par conséquent, si l'on venait à transposer l'argumentation de la Cour de justice développée dans l'arrêt *usedSoft*, cela reviendrait à remettre en cause la *summa divisio* existante sur le plan national, en France et en Allemagne. L'existence d'une *summa divisio* sur le plan national se traduit par le fait que l'opinion majoritaire qualifie la „transmission *online*“ d'une œuvre non pas comme une distribution, mais bien comme une communication au public¹⁷²⁷. Il est même souligné que l'acte d'exploitation d'une œuvre ne peut être à la fois sous forme corporelle et incorporelle¹⁷²⁸. Avec l'arrêt *usedSoft*, au contraire, les exploitations sous forme corporelle et incorporelle se fondent l'une dans l'autre¹⁷²⁹. Comment peut-il en être autrement ? Une distribution *online*, tel que pratiquée dans le modèle d'affaires de l'arrêt

¹⁷²³ Voir M. GANZHORN, *Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter*, Dissertation, Freiburg 2015, p.158.

¹⁷²⁴ Ch. BERGER : GRUR 2002, 198 (200) ; B. Knies : GRUR-Int. 2002, 314 (316) ; G. SPINDLER : GRUR 2002, 105 (110).

¹⁷²⁵ A. WIEBE, K&R 2014, p. 239 (240).

¹⁷²⁶ Th. HOEREN : CR 1996, p. 517 (519).

¹⁷²⁷ Voir G. SCHRICKER, in : G. Schricker/U. Loewenheim (Hrsg.), *UrhG*, § 17 Rn.45 ; F. Koch, ITRB 2013, p. 9 (12).

¹⁷²⁸ A. WIEBE, in : A. Leupold/S. Glossner (Hrsg.), *MAH IT-Recht*, Teil 3, Rn.94.

¹⁷²⁹ G. SCHULZE, NJW 2014, 721 (722).

usedSoft peut-elle être qualifiée juridiquement d'exploitation sous forme incorporelle, c'est-à-dire de *communication au public*, selon la terminologie allemande? Rien que la terminologie de « communication au public » suggère déjà la présence d'un *public*, comme c'est le cas dans les modèles d'affaire tel que *le live-stream* par exemple. Or justement, dans le cas de la distribution *online*, l'utilisateur transfère une œuvre issue de *l'internet* sur son disque dur, ce qui – détaché de toute qualification de *lege lata* – constitue une distribution, puisqu'il s'agit d'une commercialisation de marchandises. Une correction de la *summa divisio* serait donc nécessaire, puisque cette distinction ne correspond plus à la réalité quotidienne dans un monde numérisé *online*¹⁷³⁰.

b- Un apport controversé de l'arrêt *usedSoft* en raison d'une argumentation économique

La décision *usedSoft* remet en cause la *summa divisio*. Néanmoins, les motivations économiques à l'origine de la décision *usedSoft* relativisent la portée dogmatique et juridique de l'arrêt. Deux idées irriguent l'argumentation de la *CJUE*: la prévention du cloisonnement des marchés (aa) et la comparabilité économique du modèle d'affaires (bb).

aa- La prévention du cloisonnement des marchés

Les développements de la *CJUE* sont guidés premièrement par l'idée directrice selon laquelle il faut prévenir un cloisonnement des marchés. Le cœur de l'argumentation de la Cour de justice repose sur la liberté de circulation des marchandises. Comme le souligne aussi M. Vivant, « la notion d'épuisement du droit [...] a été introduite dans l'ordre juridique européen par la Cour de justice des Communautés, comme un moyen – si l'on dit les choses brutalement – de faire prévaloir le principe de libre circulation sur la défense de la propriété intellectuelle »¹⁷³¹. L'argument de la libre circulation est évoqué dans l'arrêt *Football Association Premier League*¹⁷³² par l'avocat général Yves Bot, qui souligne que l'objet de la propriété intellectuelle est de garantir au titulaire de droit une rémunération appropriée. Un tel objectif est également mis en avant par le considérant 10 de la directive *InfoSoc*. Admettre que le titulaire des droits « pourrait contrôler la revente de cette copie et exiger, à cette occasion, une nouvelle rémunération, sous prétexte que la copie a été fixée sur un support informatique par le client, après téléchargement sur *internet*, au lieu d'avoir été incorporée par le titulaire des droits sur un support qui a été mis en vente, reviendrait non pas à protéger l'objet spécifique du droit d'auteur, mais à amplifier le monopole d'exploitation de ce dernier »¹⁷³³. L'épuisement du droit est donc justifié par le recours à la théorie dite de la récompense (*Belohnungstheorie*).

De manière plus générale, l'épuisement d'un droit a pour but d'empêcher le titulaire du droit d'avoir un quelconque contrôle sur les exemplaires d'œuvres mis en circulation, afin que ce dernier ne puisse pas les soustraire à la libre circulation des marchandises. De plus,

¹⁷³⁰ I. HANTSCHER, *Softwarekauf und –weiterverkauf*, p. 218 ; E. OSWALD, *Erschöpfung durch Online-Vertrieb urheberrechtlich geschützter Werke*, p. 45 ff.

¹⁷³¹ M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, 2015. p. 461, n° 517.

¹⁷³² Arrêt *Football Association Premier League et Karen Murphy*, affaires jointes du 4.10.2011, C-403/08 et C-429/08, n° 106-109.

¹⁷³³ Conclusions de M. l'avocat général Yves Bot, dans l'affaire C-128/11, présentées le 24 avril 2012, n° 83.

l'épuisement des droits permet d'un côté, de limiter le rôle que pourrait exercer le titulaire de droits à propos du contrôle des prix le long de la chaîne de distribution des œuvres et d'éviter de l'autre, un pouvoir plus important de l'acheteur d'un support matériel par rapport à l'acheteur d'un fichier numérique, quant à la commercialisation des œuvres¹⁷³⁴. Une telle approche coïncide avec une jurisprudence antérieure¹⁷³⁵, développée par la *CJUE* prévoyant d'une part, que le but principal était le rapprochement des marchés nationaux en vue d'un marché unique, et n'autorisant d'autre part les limitations au marché unique que lorsqu'elles permettent au titulaire de droit d'amortir les investissements, ce qui va à l'encontre de la reconnaissance d'un plus grand contrôle des œuvres par le titulaire de droit. Par conséquent, il s'agit bien de prévenir le cloisonnement des marchés.

De plus, une analyse de la jurisprudence antérieure de la *CJCE* permet déjà de constater l'extension de la notion de la libre circulation des marchandises sur des « objets » incorporels. Ainsi, l'électricité¹⁷³⁶ et le gaz¹⁷³⁷ relèvent du champ d'application de la libre circulation des marchandises. De plus, on ne peut que souligner l'importance des biens numérisés dans les sociétés modernes. Il est clair que la Cour de justice accorde de l'importance à la mise en circulation du bien prenant la forme d'un programme d'ordinateur, même si ce bien est mis en circulation sous forme incorporelle. Une analyse des arrêts *Murphy* et *usedSoft* a déjà permis de montrer que la distinction entre une marchandise et une prestation de service s'estompe, et que l'argumentation de la Cour se fonde sur des considérations liées à des questions politiques du marché intérieur allant jusqu'à assimiler sur le plan fonctionnel, la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services¹⁷³⁸, au lieu de porter sur le fondement d'une argumentation relevant du droit d'auteur¹⁷³⁹.

bb- La comparabilité économique

L'approche délibérément économique de la Cour de justice de l'Union européenne est confirmée par la comparabilité économique admise entre un programme d'ordinateur transmis par le biais d'un *DVD*, sur un support matériel, et le programme d'ordinateur qui a fait l'objet d'un *download* depuis *l'internet*. Cette approche entraîne une nouvelle interprétation de l'art. 4 al.2 de la directive sur les programmes d'ordinateur. A première vue et bien que la Cour de justice ne procède pas à une analyse économique détaillée, il semble qu'un même programme d'ordinateur, transmis par le support d'un *DVD* ou téléchargé à partir d'*internet*, constitue une même œuvre substituable mais commercialisée de manière différente. Bien sûr, seule une analyse économique détaillée permet de véritablement constater une comparabilité économique¹⁷⁴⁰. Alors que certains auteurs questionnent

¹⁷³⁴ A. DUSTMANN, in : Fromm/ Nordemann, § 19a Rn. 29.

¹⁷³⁵ Voir l'affaire *Grundig*, *CJCE*, 13.07.1996 : GRUR Ausl. 1966, 580, n° 56 et 58-64 ; L'affaire *Polydor*, 8.06.1971 : GRUR-Int 1971, 450 (454 f.) ; L'affaire *NEGRAM II* : GRUR Int. 1974, 454 (454).

¹⁷³⁶ *CJCE*, 15.07.1964 – 6/64, BeckRS 2004, 73386 – Costa/ENEL

¹⁷³⁷ *CJCE*, 21.06.2007 – C-173/05, BeckRS 2007, 70412, Tz. 39- *Commission/Italie*.

¹⁷³⁸ N.-K. PEIFER, AfP 2013, p. 89 (91).

¹⁷³⁹ Th. DREIER/M. LEISTNER : GRUR 2013, 881 (887 f.); Th. DREIER, IIC 2013, p. 137 (138); voir aussi Ch. BERGER : ZUM 2012, 198 (202 f.).

¹⁷⁴⁰ M. GANZHORN, *Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter*, Dissertation, Freiburg 2015, p. 163.

l'existence d'une telle comparabilité économique, d'autres¹⁷⁴¹ la reconnaissent, puisque les intérêts du titulaire des droits et des consommateurs semblent identiques dans un monde numérique.

Quel est le rôle des intermédiaires dans un monde numérique ? Les intérêts de la « collectivité » recherchant une concurrence juste, et un marché primaire et secondaire distinct y sont-ils préservés ? Il faut bien constater que contrairement aux œuvres fixées sur un support matériel dans un monde analogique, les œuvres dans un mode numérique ne sont pas usagées et restent toujours neuves. L'épuisement des droits permet alors de stimuler la concurrence entre les produits neufs et anciens¹⁷⁴². Par conséquent, on distingue l'existence d'un marché primaire et secondaire. Dans un monde numérique au contraire, les biens ne présentant pas de différence de qualité, le risque est grand que les marchés primaires et secondaires ne se distinguent que par la pratique de prix différents et non en raison de la qualité des produits. A l'encontre de cet argument, on peut évoquer le fait que les biens numériques perdent de leur valeur, en raison tout simplement du temps qui passe. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine des logiciels informatiques. En plus, seul le titulaire des droits dans le cadre de programmes d'ordinateur permet un *update*, c'est-à-dire l'actualisation d'un programme d'ordinateur. Un *update* est d'autant plus nécessaire pour éviter les erreurs de programme et les *cyber-attaques*. Par conséquent, on ne peut pas considérer que les œuvres sous forme numérique ne se détériorent pas: leur durée de vie est aussi limitée. Un marché secondaire des œuvres numériques est donc possible et c'est précisément l'objectif de promouvoir un tel marché secondaire qui semble avoir été à l'origine de l'argumentation de la CJUE dans l'arrêt *usedSoft*, au détriment de considérations dogmatiques.

Au vu de ces arguments, une remise en cause générale de la *summa divisio* par l'arrêt *UsedSoft* doit être nuancée en raison d'une argumentation plus sensible à des considérations économiques que la volonté délibérée de la CJUE de remettre en cause la structure juridique des droits. Néanmoins, d'autres exemples concrets permettent de constater l'enchevêtrement et l'application cumulative des droits à une même exploitation d'une œuvre.

B- Enjeux liés à l'approche technique ou fonctionnelle d'un acte d'exploitation d'une œuvre

Toute utilisation d'une œuvre sur *internet* entraîne-t-elle l'application systématique du droit de reproduction? La réponse à cette question est positive, dès lors que l'on ne retient qu'une approche technique de la reproduction dans le sens d'une « fixation » de l'œuvre. L'intrusion du numérique multiplie alors les hypothèses dans lesquelles l'exercice du droit de représentation requiert, en amont, une fixation de l'œuvre. Cette conséquence est-elle spécifique au monde numérique? Non ! Comme vu précédemment, la présence d'un support matériel fixant l'œuvre n'est pas en soi discriminante pour qualifier un acte de représentation. Bien avant le numérique en effet, la représentation d'une œuvre cinématographique se faisait déjà à partir de fixations de l'œuvre. Ce qui fait néanmoins la particularité de la dématérialisation, c'est que cette fixation préalable est systématique pour tout acte d'utilisation d'une œuvre, dans un contexte numérique. Deux droits sont alors en compétition:

¹⁷⁴¹ Voir AMMANN, in : J. Taeger (Hsrg.), *DSRI Tagungsband 2011*, p. 249 (255); BITTER/BUCHMÜLLER/UECKER, in : Th. Hoeren (Hrsg.), *Big Data und Recht*, p. 41 (53).

¹⁷⁴² A. OHLY, *Gutachten zum 70. Juristentag*, p. 50.

le droit de reproduction et le droit de représentation. Y-a-t-il une application cumulée du droit de reproduction et du droit de communication au public pour un même acte d'exploitation entraînant une surprotection en faveur du titulaire de droits?

Tout dépend de la compréhension « fonctionnelle » ou technique de l'acte d'exploitation en question. Les difficultés de qualification juridique d'un acte d'exploitation d'une œuvre ne découlent pas uniquement de la dématérialisation des supports, mais proviennent aussi de la difficulté à déterminer l'étendue de l'acte d'exploitation d'une œuvre. Deux conceptions se distinguent: soit la qualification juridique se veut au plus près de la technique, soit elle est plus « englobante » (fonctionnelle) et tient compte de la finalité ou de la fonction d'un acte d'exploitation.

Suivant le pays et l'approche fonctionnelle ou technique retenue, un même « acte d'exploitation » d'une œuvre, segmenté en plusieurs actes ou non, va être qualifié soit simplement de communication au public, soit simplement de reproduction, soit cumuler l'application du droit de communication au public et de reproduction.

Ce cumul d'application des droits d'exploitation, tout comme l'application incertaine des droits, remet indirectement en cause la nécessité d'une *summa divisio* difficilement applicable dans un monde numérique. Des exemples concrets permettent d'illustrer ces difficultés ainsi que les différences de qualification juridique d'un même acte d'exploitation d'une œuvre en France et en Allemagne.

1- Qualification juridique du téléchargement (*upload*) et d'une mise en ligne

Ce qui précisément caractérise le fonctionnement d'*internet* est le fait que les œuvres protégées par le droit d'auteur (c'est-à-dire les textes, les sons ou les images) soient mises à la disposition ou rendues disponibles aux utilisateurs d'*internet*, ou auprès de certains cercles de personnes. L'auteur peut par exemple mettre en ligne ses propres textes, ses propres vidéos, ses propres images, voire sa propre musique. Cependant l'auteur est restreint dans son action lorsqu'il a déjà cédé ses droits à un éditeur, ou à un producteur par exemple. Un internaute-utilisateur peut lui aussi vouloir mettre un texte protégé en ligne dans un but culturel ou pédagogique. De même, une entreprise, une association ou une administration publique peut par exemple être amenée à réaliser une revue de presse, qui constitue une sélection d'articles mise en ligne sur le site *intranet*, afin d'informer les salariés ou adhérents¹⁷⁴³. Toutes ces utilisations d'œuvres nécessitent une autorisation de la part des ayants-droits. Mais à quel titre ? La mise en ligne d'une œuvre porte-t-elle atteinte au droit de reproduction ou au droit de représentation ?

En fait, deux conceptions s'affrontent: L'une est technique et segmente les actes d'utilisation de l'œuvre (a) et l'autre est fonctionnelle, plus globale (b). La qualification juridique d'un acte d'exploitation d'une œuvre est différente suivant l'étendue de l'acte prise en compte.

¹⁷⁴³ A.-L. STÉRIN, *Guide pratique du droit d'auteur*, Maxima, Paris 2011.

a- Approche technique (segmentation des actes)

Avec la segmentation des actes, on distingue le « *upload* » au sens strict faisant l'objet d'un droit d'exploitation sous forme corporelle, et « la mise en ligne », faisant l'objet d'un droit sous forme incorporelle.

aa- Le *upload*, une reproduction

Au sens strict, le *upload* (téléchargement ascendant) d'une œuvre sur un serveur n'est possible que lorsque l'œuvre, sous forme numérique, a été fixée, c'est-à-dire par exemple enregistrée sur le disque dur du serveur¹⁷⁴⁴. Le *upload* permet donc une ou plusieurs copies numériques d'une œuvre. Du point de vue du droit d'auteur allemand¹⁷⁴⁵, le *upload* relève donc du droit de reproduction au sens de l'art. 16 UrhG¹⁷⁴⁶. La fixation d'une œuvre dans un serveur, destinée à permettre la diffusion en réseau, relève donc du droit de reproduction¹⁷⁴⁷.

bb- La mise en ligne, une mise à disposition

L'acte de mise en ligne d'une œuvre n'est pas explicitement cité en tant qu'exemple, ni par le code de la propriété intellectuelle français, ni pas la loi sur le droit d'auteur allemand. La mise en ligne sur *internet* met *ipso facto* une œuvre à la disposition d'un public spécifique, celui des internautes qui ont accès au serveur et au site et qui peuvent afficher cette œuvre sur l'écran de l'ordinateur ou l'écouter à travers des hauts-parleurs¹⁷⁴⁸. L'initiative de rendre accessible une œuvre en réseau est un acte de représentation¹⁷⁴⁹. Il en va de même lors de la diffusion de l'œuvre sur un réseau fermé de type Intranet, c'est-à-dire propre à une entreprise, à un groupe d'entreprises, de bibliothèques, d'universités ou de laboratoires de recherches, par exemple. « Certes, le réseau Intranet n'est pas libre d'accès, et donc pas accessible à l'ensemble des internautes, mais si ce réseau *internet* peut être considéré comme « privé », il ne constitue certainement pas un cercle de famille... Il ne bénéficie donc pas de l'exception »¹⁷⁵⁰ de l'art. L.122-5 du CPI¹⁷⁵¹. La mise en ligne d'une œuvre sur le réseau *intranet* ou *internet* peut donc constituer une « communication au public », indépendamment du fait de savoir si la communication est effective ou non, puisqu'un public potentiel suffit¹⁷⁵².

¹⁷⁴⁴ U. LOEWENHEIM, in : Loewenheim/Koch, *Praxis des Online-Rechts*, Ziff. 7.2.4.5, p. 301.

¹⁷⁴⁵ Voir à ce sujet : OLG München : GRUR 2001, 499, 503 ; Klett (Fn.45) S.74 ; F. KOCH : GRUR 1997, 417, 425 ; C. INTVEEN, *Internationales Urheberrecht und internet*, 1999, p. 31 ; U. LOEWENHEIM, in : Schrickler, §16 Rn.23 ; A. NORDEMANN/H. GODDAR/M. TÖNHARDT/Ch. CZYCHOWSKI : CR 1996, p. 645, 648 ; S. OTT : ZUM 2008, 556, 557 ; N. SCHWARZ/R. REBER, in : N. Schwarz/A. Peschel-Mehner (Fn.42), Kap.4, Abschnitt 3 Rn.16 ; N. SCHWARZ : GRUR 1996, 836, 841 ; M. SCHIPPAN (Fn.45), p. 85 ; A. WALDENBERGER : ZUM 1997, 176, 179 f. ; J. WIMMERS/C. SCHULZ : CR 2008, p. 170, 175 ; K. ZSCHERPE : MMR 1998, 404, 408.

¹⁷⁴⁶ au sens de l'article 69c al.1 UrhG (lorsque l'œuvre est programme d'ordinateur) ou au sens de l'article 87b al.1 UrhG (lorsque l'œuvre constitue une base de données).

¹⁷⁴⁷ Voir A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris 1998, Litec.

¹⁷⁴⁸ TGI, Paris (référé), 14 août 1996, JCP, éd.G, 1996-II-22727, obs. OLIVIER ET BARBRY : D., 1996, p. 490, obs. P.-Y. GAUTIER ; RTD com., 1997, p. 97, obs. A. FRANÇON.

¹⁷⁴⁹ F. POLLAUD-DULIAN, p. 535, n° 850.

¹⁷⁵⁰ F. POLLAUD-DULIAN, n° 880, p. 548.

¹⁷⁵¹ „Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille“.

¹⁷⁵² TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER ; A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Editions Litec, 1998.

En fait, l'art. L.122-2 2° du *CPI* inclut, parmi les actes couverts par le droit de représentation, la télédiffusion qui s'entend notamment de la télécommunication et l'art. 3, alinéa 1^{er} de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information vise toute « communication au public (...) par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». Contrairement à la France, l'Allemagne a expressément transposé le droit de mise à disposition à l'art.19a *UrhG*, dans le cadre de la « première corbeille » du 10.09.2003. La mise en ligne d'une œuvre au sens strict relève donc bien d'une exploitation sous forme incorporelle, c'est-à-dire d'une *représentation* en France et d'une *communication au public* et plus précisément d'une *mise à disposition* au sens de la loi allemande.

Une approche segmentée des droits présente cependant un certain nombre d'inconvénients. Que faire lorsque l'auteur interdit la reproduction, c'est-à-dire le *upload*, et que la mise en ligne est autorisée par le droit de représentation ? Le but premier du *upload* ne consiste-t-il pas à permettre une mise à disposition de l'œuvre ? Le *upload* constitue-t-il vraiment une exploitation de l'œuvre ? La segmentation des actes présente souvent le risque de réduire la notion d'exploitation à un mode technique. Ainsi, chaque mode d'utilisation de l'œuvre semble faire l'objet d'un droit particulier. Au regard de l'évolution rapide de la technique, cette approche ne contribue pas à la sécurité juridique. Une approche plus englobante et tenant compte de la fonction d'un acte d'utilisation permettrait une plus grande flexibilité par rapport aux nouvelles technologies.

b- Approche fonctionnelle

L'approche fonctionnelle implique la prise en compte de la fonction d'un acte d'utilisation. Certains auteurs allemands¹⁷⁵³ considèrent que le uploading entraîne généralement une « mise en ligne » sur le site *web internet*, sur une page facebook, sur un forum... Qu'en est-il lorsque l'on télécharge des œuvres sur une « dropbox », ne faisant pas partie d'un réseau, mais constituant simplement une zone de « stockage » personnelle dans les nuages, dans le *cloud*, accessible par le biais d'un mot de passe ? Y-a-t-il dans ce cas *upload*, sans mise en ligne ? Faut-il préférer une segmentation des actes d'utilisation des œuvres ?

Les développements suivants se bornent à évoquer les cas particuliers dans lesquels le *upload* a pour fonction de mettre en ligne une œuvre par le biais d'*internet* (aa).

En France, on adopte souvent le point de vue inverse, semble-t-il plus logique. Au vu des techniques actuelles susceptibles d'évoluer, toute mise en ligne nécessite forcément un *upload*, c'est-à-dire un téléchargement de l'œuvre de manière ascendante sur un serveur (bb).

aa- Le *upload* inclut la mise en ligne

La doctrine évoque et discute tour à tour plusieurs qualifications juridiques du *uploading*. Il s'agit de rechercher si le fait de télécharger une œuvre de manière ascendante sur un serveur permettant sa mise en ligne sur *internet* peut être qualifiée au sens juridique des termes de distribution, de communication au public, voire même de divulgation.

¹⁷⁵³ Par exemple, M. SCHIPPAN (Fn.45), p. 85.

Implication du droit de distribution ?

L'on pourrait considérer que le *upload* au sens large, incluant la mise en ligne, a pour fonction de distribuer une œuvre au sens de l'art. 15 N°2 et l'art. 17 de la loi sur le droit d'auteur allemand¹⁷⁵⁴. Selon ce dernier, le droit de distribution permet à l'auteur d'offrir au public ou de mettre en circulation l'original ou un exemplaire de cet original. Antérieurement à la directive *InfoSoc*, certains auteurs ont qualifié le *upload* au sens large de distribution¹⁷⁵⁵. Il faut souligner que l'application par analogie du droit de distribution au *upload* a particulièrement été prise en compte dans le cas où les œuvres transmises *online* étaient destinées à faire l'objet d'une impression en version papier¹⁷⁵⁶.

De plus, cette conception est privilégiée par certains auteurs¹⁷⁵⁷, en raison du fait que la proposition d'une œuvre *online* s'apparente plus à un acte de distribution qu'à un acte de communication au public. Le *upload* suivi d'une mise en ligne ne permet pas une communication de l'œuvre à un public *effectif*. Malgré une communication à un public simplement *potentiel*, la mise à disposition est considérée depuis 2003 comme étant un droit de communication au public au sens de l'art. 15 al.2 UrhG. L'argument suivant lequel le *upload* constitue plutôt une distribution et non une communication n'est donc plus très convaincant.

Outre le fait qu'une assimilation fonctionnelle et économique soit possible entre une distribution *online* et une distribution *offline*, la jurisprudence et la doctrine classique en France et en Allemagne distinguent l'exploitation sous forme corporelle d'une exploitation sous forme incorporelle. En Allemagne, une interprétation classique de l'art.17 UrhG permet d'exclure le fait que le *upload* soit qualifié juridiquement de distribution. En effet, en vue d'appliquer le droit de distribution, il est nécessaire, selon une jurisprudence traditionnelle, de constater la présence d'un objet corporel¹⁷⁵⁸, ou matériel selon la terminologie française. Tout au plus, la mise en ligne, et donc la transmission recherchée d'une œuvre à un tiers permet de transmettre le « contenu » de l'œuvre sous sa forme incorporelle. L'application directe du droit de distribution à un procédé que constitue le *uploading* n'est donc pas envisageable...à moins de considérer que le *uploading* au sens large constitue une exploitation corporelle. Comment distinguer dans ce cas, une exploitation corporelle d'une exploitation incorporelle ?

Par ailleurs, cette difficile distinction entre un droit sous forme corporelle et un droit sous forme incorporelle, est accrue par le fait que le droit de distribution semble pouvoir s'appliquer — comme semble le suggérer l'arrêt *usedSoft* — à des œuvres incorporelles, tel que les programmes d'ordinateur par exemple. Comme déjà souligné, la portée de cet arrêt doit dépendant être nuancée. Selon la jurisprudence actuelle et la systématique traditionnelle des droits, le *uploading* et la mise en ligne ne peuvent pas être qualifiés de distribution.

¹⁷⁵⁴ M. SCHIPPAN (Fn.45), p. 85 et s.

¹⁷⁵⁵ Voir en ce sens par exemple, R. GERLACH : ZUM 1999, 278, 281 f. ; H. SCHACK, JZ 1998, 753, 756 f. ; Klett, *Urheberrecht im internet aus deutscher und amerikanischer Sicht*, p. 76f. ; TH. DREIER/M. LEISTNER, in : G. Schricker, p. 101, 128 s., N. SCHWARZ, in : J. Becker, *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*, p. 13, 29 ; N. SCHWARZ : GRUR 1996, 836, 839.

¹⁷⁵⁶ F. KOCH : GRUR 1997, 417, 425 ff.; A. WALDENBERGER : ZUM 1997, 176, 180 f.; C. D. MÜLLER-HENGSTENBERG, NJW 1996, 1777, 1779; R. MOUFANG, Schricker-Festgabe, p. 571, 589 f.; TH. HOEREN : CR 1996, p. 517, 518 ff.

¹⁷⁵⁷ N. SCHWARZ, in : J. Becker, *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*, p. 13, 29.

¹⁷⁵⁸ Voir à ce propos H. SCHACK, JK 1998, p. 753, 756.

Implication du droit de représentation, du droit de communication au public ?

Au sens large, le *upload* permet à des tiers de récupérer grâce à l'utilisation par exemple de l'*internet* ou de l'*intranet* des œuvres protégées par le droit d'auteur puisqu'elles sont mises à la disposition du public. En cela, le *upload* au sens large semble pouvoir être qualifié au titre de l'art.15 II de la loi allemande sur le droit d'auteur, qui prévoit le droit exclusif de communiquer publiquement son œuvre sous une forme incorporelle (Droit de communication au public). En France, M. Gautier fait aussi un parallèle entre la communication publique et le *uploading*¹⁷⁵⁹. Reste à savoir, si le *upload* compris au sens large peut véritablement être qualifié de communication au public ou de représentation, au sens des textes européens et nationaux.

Le *upload* au sens large peut-il être qualifié de télédiffusion de point à multipoint ? Selon l'art. 20 de la loi sur le droit d'auteur allemand¹⁷⁶⁰, le droit de télédiffusion rend l'œuvre accessible au public par une diffusion sans fil de celle-ci telle la radiodiffusion, la télévision, la diffusion par satellite, la diffusion par câble ou par un tout autre moyen technique analogue¹⁷⁶¹. Dans le cadre d'une télédiffusion, le public¹⁷⁶² « réceptionne » l'œuvre en même temps, mais n'est pas présent dans un même lieu¹⁷⁶³.

Par ailleurs, ce sont bien les actes des fournisseurs¹⁷⁶⁴ réalisant le *upload au sens large* qui donnent la possibilité même de transmettre des œuvres aux tiers. C'est pourquoi on peut considérer que le fournisseur induit le comportement de l'utilisateur¹⁷⁶⁵. Pourtant, c'est bien l'utilisateur-internaute qui, de son propre chef va récupérer l'œuvre protégée mise en ligne. Au bout du compte, les nombreux sites offrant des œuvres notamment musicales, des textes, et des photos permettent plutôt une « transmission interactive¹⁷⁶⁶ » qu'une télédiffusion de point à multipoint au sens de l'art. 20 UrhG.

Or une transmission interactive sous-entend que chaque utilisateur internaute puisse accéder du lieu et au moment où il souhaite à une œuvre mise en ligne. La notion de public au sens de l'art. 20 de la loi sur le droit d'auteur allemand n'est donc pas caractérisée, puisque le public n'est ni présent au même lieu, ni en même temps. L'on peut bien sûr argumenter que dans le cadre d'une mise en ligne, l'œuvre est *potentiellement* accessible au même moment à tous les membres du public¹⁷⁶⁷. Ce qui pourtant est décisif pour qualifier juridiquement la mise en ligne d'une œuvre englobée par la notion du *upload* est de quelle manière l'utilisateur internaute décide du moment et de la fréquence de la communication¹⁷⁶⁸, alors que dans le cadre d'une télédiffusion de point à multipoint, le public n'a pas d'influence sur le début de la transmission, ni sur la fréquence de visualisation de l'émission.

Bien que le mode d'utilisation consistant à télécharger de manière ascendante une œuvre sur un serveur et de la mettre en ligne, ne soit pas un mode d'utilisation d'une œuvre

¹⁷⁵⁹ P.-Y. GAUTIER, éd. 2010, p. 799, n° 748.

¹⁷⁶⁰ Voir par exemple : von J. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker, §20 Rn. 3, 8, 35 ; A. NORDEMANN, in : Fromm/Nordemann, 10. A, §20 Rnr.1.

¹⁷⁶¹ Voir le chapitre suivant, pour une analyse plus précise.

¹⁷⁶² Voir le chapitre suivant pour une comparaison de la notion de public, en droit français, droit allemand et en droit européen.

¹⁷⁶³ Voir les développements plus détaillés au niveau du chapitre 1.

¹⁷⁶⁴ Existence de fournisseurs différents.

¹⁷⁶⁵ NORDEMANN/GODDAR/TÖNHARDT/CZYCHOWSKI : CR 1996, p. 645, 649.

¹⁷⁶⁶ P.-Y. GAUTIER, p.799, n° 314, p.336.

¹⁷⁶⁷ NORDEMANN/GODDAR/TÖNHARDT/CZYCHOWSKI : CR 1996, p. 645, 649.

¹⁷⁶⁸ Th. HOEREN : CR 1996, p. 517, 518.

explicitement qualifié juridiquement par les textes de loi (qu'elle soit allemande, française ou européenne), il semble que le *uploading* ne peut être compris comme une télédiffusion de point à multipoint au sens de l'art. 20 de la loi sur le droit d'auteur allemand ou selon la terminologie française, au sens strict.

Le *upload* au sens large peut-il être qualifié au sens d'une simple « mise à disposition », tel que le prévoit l'art. 3 de la directive *InfoSoc* transposée par l'art. 19 a UrhG de la loi sur le droit d'auteur allemand ?

Vérifions le postulat selon lequel le *upload* incluant la mise en ligne peut relever du droit de « mise à disposition » au sens de l'art. 19a de la loi sur le droit d'auteur. La loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information du 10.9.2003 a introduit un nouveau paragraphe dans la loi allemande concernant le droit d'auteur, à savoir l'art. 19a UrhG¹⁷⁶⁹. L'introduction de ce nouveau paragraphe concernant le « droit de mise à disposition » au niveau de la loi allemande relève de la transposition de l'art. 3 de la directive 2001/29/CE. Le texte de la directive s'inspire largement de l'art. 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 19a UrhG, il ne fait aucun doute que la « mise à disposition » doit être classée d'un point de vue systématique comme constituant un droit d'exploitation sous forme incorporelle. Le paragraphe 19a prévoit que le droit de mise à disposition est le droit de mettre à disposition une œuvre au public, avec fil ou sans fils de manière à ce que l'œuvre soit mise à la disposition des membres du public du lieu et au moment de leur choix.

Une interprétation littérale de l'article permet de constater que l'art. 19a est formulé de manière technologiquement neutre¹⁷⁷⁰. Par ailleurs, l'art. 19a UrhG fait référence à la notion de public. En droit allemand, la notion de public, on le verra en détail dans les développements suivant, est définie à l'art. 15 al.3 S.2 de la loi sur le droit d'auteur. Le public est défini comme constituant une pluralité de membres d'un public, non liés par des relations personnelles.

Ce critère est parfaitement rempli, dans le cas du *upload* incluant la mise en ligne d'une œuvre sur le net par exemple, puisque dans ce cas, les utilisateurs potentiel sont illimités et pas liés par relations personnelles. Aucun autre medium ne permet d'atteindre un tel public de masse¹⁷⁷¹.

Par ailleurs, l'art. 19a UrhG souligne bien que le public peut consulter ou « récupérer » (abrufen) les œuvres, du lieu et au moment de son choix, ce qui correspond tout à fait à l'hypothèse du *upload* au sens large. La seule question que l'on pourrait soulever est de savoir si la simple « mise à disposition » d'une œuvre en ligne constitue une véritable « communication » de l'œuvre vis-à-vis d'un public. En effet, la simple mise à disposition d'une œuvre permet aux utilisateurs de prendre l'initiative de « récupérer » cette œuvre, de manière individuelle, et interactive¹⁷⁷². C'est pourquoi, il a été considéré avant l'introduction de l'art. 19a UrhG, que la mise à disposition ne constitue pas une communication¹⁷⁷³ et encore moins une communication au public, puisque cela nécessitait de considérer que la succession de

¹⁷⁶⁹ Pour une analyse précise de la situation juridique avant l'entrée en vigueur du paragraphe 19a UrhG: *BGH*: GRUR 2003, 958- Paperboy; DREIER/SCHULZE (n° 53), §19a, n° 3; J. v. UNGERN-STENBERG, in : Schricker (Rn.8), §19a, n° 32.

¹⁷⁷⁰ BT-Drucksache 15/38, p. 17.

¹⁷⁷¹ Voir M. SCHIPPAN, *Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von internet und digitaler Technologie*, 1999, p. 89.

¹⁷⁷² A. KLETT, *Urheberrecht im internet aus deutscher und amerikanischer Sicht*, p. 90.

¹⁷⁷³ M. SCHIPPAN, *Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von internet und digitaler Technologie*, 1999, p.90.

personnes individuelles consultant une œuvre au moment de leur choix constituait, dans leur ensemble un public¹⁷⁷⁴. D'un point de vue pratique cependant, la mise à disposition d'une œuvre sur un site *internet* présente des similitudes avec une véritable communication au public. C'est pourquoi, avant l'introduction de l'art. 19a UrhG, de nombreuses voix déjà de la doctrine soutenaient que le droit de « mise à disposition » pouvait être considéré comme une forme inconnue de « communication au public »¹⁷⁷⁵.

Avec l'introduction de l'art. 19a UrhG, le législateur allemand a exprimé la volonté politique de protéger l'auteur, puisque la simple « mise à disposition » déjà fait l'objet d'un droit exclusif¹⁷⁷⁶. Une simple mise à disposition permettant une communication potentielle à un public est qualifiée juridiquement comme si la communication avait effectivement lieu. On verra que cette approche s'accorde plutôt mal avec la jurisprudence récente de la CJUE, et notamment avec l'arrêt *Svensson*. Dans le contexte des hyperliens, l'arrêt *Svensson* stipule que la simple « mise à disposition » ne constitue pas une communication au public. Un doute subsiste néanmoins concernant le concept de « mise à disposition ».

De nombreux auteurs allemands¹⁷⁷⁷ considèrent justement que l'article 19a UrhG ne se contente pas de prendre en compte l'acte de « mise à disposition » au sens strict (*Verfügbarmachung*) mais tient également compte de l'acte de transmission, c'est-à-dire la « communication » au public de l'œuvre (*Übermittlungsvorgang*). Cette opinion se fonde sur le considérant 24 de la directive 2001/29/CE, qui prévoit que le droit de mettre à la disposition du public des objets protégés visés à l'art. 3 paragraphe 2, doit s'entendre comme couvrant tous les actes de mise à la disposition du public incluant ainsi la transmission d'un serveur à un utilisateur final. Par conséquent, si l'on interprète l'art. 19a UrhG à la lumière de la directive 2001/29/CE, alors la mise à disposition en vue d'une consultation, tout comme la transmission vis-à-vis de l'utilisateur final font partie du concept de « mise à disposition »¹⁷⁷⁸.

Au vu de cette interprétation extensive du droit de mise à disposition, il n'est pas évident de qualifier le *upload* de véritable « mise à disposition ». Certes, le *upload* incluant au sens large la mise en ligne peut être qualifié de « mise à disposition en vue d'une consultation ». Considérer que l'on sous-entend par *upload* aussi une « transmission » vis-à-vis de l'utilisateur final irait un peu loin.

Telle est la question récurrente : Quelle étendue de l'acte doit être prise en compte, pour pouvoir être qualifiée juridiquement ? Ne faut-il pas plutôt retenir une segmentation des actes, comme le propose Werner, en distinguant d'une part le *upload* au sens strict et d'autre part la mise en ligne ? En effet, tout *upload* n'induit pas une mise en ligne. On peut réaliser un *upload* au niveau d'une *dropbox* par exemple. A tout le moins cette conception large du *upload* prend parti et met l'accent sur le fait que le *upload* ne semble avoir d'importance du point de vue du droit d'auteur que lorsqu'une mise en ligne s'ensuit. Reste à savoir si le *upload* ne peut être qualifié juridiquement que du point de vue des droits d'exploitation patrimoniaux ou s'il implique aussi la mise en œuvre du droit moral de divulgation par exemple.

¹⁷⁷⁴ M. WERNER, in : J. Ensthaler/S. Weidert, *Handbuch Urheberrecht und internet*, 2010, p. 166, n° 41.

¹⁷⁷⁵ Voir entre autres: M. REHBINDER, *Urheberrecht*, 16e éd. München 2010, C.H. Beck, Rn. 2018.

¹⁷⁷⁶ BT-Drucksache 15/38, p. 17.

¹⁷⁷⁷ Th. DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn.35), §19a Rn.6; Poll : GRUR 2007, 476, 478; H. SCHACK : GRUR 2007, 639; J. v. UNGERN-STENBERG, in : Schrickler (Fn.8), §19a Rn. 41.

¹⁷⁷⁸ Voir à ce propos aussi G. POLL : GRUR 2007, 476, 478.

Droit de divulgation ?

Divulguer signifie au sens commun, selon Le Petit Robert : « porter à la connaissance du public »¹⁷⁷⁹. A première vue, il s'agit également du but poursuivi par le *upload* au sens large, mettant une œuvre en ligne afin qu'elle soit -potentiellement- communiquée au public au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc*. La notion de divulgation et son imbrication avec les droits patrimoniaux est fort complexe et suscite des controverses. Selon l'opinion dominante en France pourtant, le droit de divulgation inscrit dans l'art. L.121-2 du *CPI* doit s'entendre d'un fait matériel¹⁷⁸⁰, comme c'est le cas par exemple, pour la publication qui en est une des manifestations¹⁷⁸¹. Peut-on considérer que le *upload* au sens large incluant la « mise à disposition » est un fait matériel, ou fait concret ?

En droit allemand, l'art. 12 *UrhG*¹⁷⁸² concernant le droit de divulgation est interprété comme décrivant « le pas permettant à l'œuvre de sortir de la sphère secrète vers le public »¹⁷⁸³. Comme en France, l'auteur peut déterminer s'il souhaite faire ce pas, quand, où et sous quelle forme il souhaite porter son œuvre à la connaissance du public¹⁷⁸⁴. La divulgation d'une œuvre peut donc très bien se faire *online*, par le medium informatique. D'après le droit allemand, une œuvre est divulguée selon l'art. 6 *UrhG*, dès lors que cette œuvre a été mise à la disposition avec l'accord de l'intéressé. Une mise à disposition au sens de l'art. 6 *UrhG* a lieu dès lors que la collectivité ou le public a la possibilité de « percevoir » une œuvre par la vue ou l'ouïe.¹⁷⁸⁵ En cela, la « mise à disposition » est à comprendre dans le sens suivant lequel l'utilisateur ne prend pas seulement connaissance de l'*existence* de l'œuvre sur le Net, mais bien du *contenu* de celle-ci.

Puisque pour certains, la « mise à disposition » au sens de l'art. 19a *UrhG* inclut aussi la *transmission* d'une œuvre à l'utilisateur internaute, on peut en déduire qu'une simple « mise à disposition » permet à l'utilisateur internaute de prendre connaissance du *contenu* l'œuvre. Or puisque qu'au sens large, le *upload* peut être considéré comme une « mise à disposition », le *upload* permet donc parallèlement aussi une divulgation de l'œuvre au sens de l'art. 12 *UrhG*¹⁷⁸⁶. Cette vision ne fait cependant pas l'unanimité, puisque cette interprétation revient à donner la même signification à la notion de « mise à disposition » peu importe si cette notion est utilisée dans le contexte de l'art. 6 *UrhG* ou de l'art. 19a *UrhG*.

¹⁷⁷⁹ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 447, n° 516.

¹⁷⁸⁰ V. en ce sens P. TAFFOREAU, n°127 (« La divulgation est l'action de rendre public »).-TGI Paris, 1^{re} ch., 2 mai 1990 : D.1992, somm. P.14, obs. Colombet (évoquant des « situations de fait »).- CA Paris, 4^e ch., 11 juillet 1991 : RD propr. Intell. déc. 1991, n°38, p.78 (divulgation constituée par la « première présentation connue »).

¹⁷⁸¹ Les deux termes sont même parfois tenus pour équivalents, par exemple, dans les articles L.122-3 *CPI* et à l'article L.122-4 relatifs à la durée des droits patrimoniaux. Debois lui-même, en 1953 aborde la question sous la rubrique „ droit de publication“ (voir la propriété littéraire et artistique, A. Colin, p. 99 et s.).

¹⁷⁸² §12 *UrhG* „Veröffentlichungsrecht“: (1) Der Urheber hat das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist.

¹⁷⁸³ G. SCHULZE, « Der Schritt aus der Geheimnisphäre in die Öffentlichkeit », in : Dreier/Schulze, §12, Rn.1, p. 213.

¹⁷⁸⁴ G. SCHULZE, « Der Schritt aus der Geheimnisphäre in die Öffentlichkeit », in : Dreier/Schulze, §12, Rn.1, p.213

¹⁷⁸⁵ Amtl. Begründung BT-Drucks. IV/270, p.40.

¹⁷⁸⁶ U. LOEWENHEIM, in : Loewenheim/Koch, *Praxis des Online-Rechts*, Ziff.7.2.4.5, S.304 f. ; A. KLETT, *Urheberrecht im internet aus deutscher und amerikanischer Sicht*, p. 94 f ; A. WALDENBERGER : ZUM 1997, 176, 177 ; M. SCHIPPAN, *Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von internet und digitaler Technologie*, 1999, p. 91.

bb- La mise en ligne inclut le *uploading* au sens strict

Il semble que la terminologie de *upload*, c'est-à-dire littéralement, le téléchargement de manière ascendante, soit rarement utilisé par la jurisprudence et par la doctrine française. On parle bien plus de « mise en ligne ». Implicitement, la mise en ligne englobe donc la notion de *upload*. On est donc loin ici d'une approche technique. Il s'agit ici d'une approche synthétique et fonctionnelle, typiquement française. Puisque comme l'on vient de le voir dans les développements précédents, le *upload* au sens strict peut être qualifié de reproduction, on peut émettre l'hypothèse que la mise en ligne au sens global relève du droit de représentation.

C'est ce que semble confirmer Mr. Pollaud-Dulian, lorsqu'il écrit que « l'initiative de diffuser ou de rendre accessible une œuvre en réseau est un acte de représentation ». Puis il ajoute que peu importe de savoir « si, en fait, des internautes visitent le site et affichent effectivement l'œuvre en question ou non »¹⁷⁸⁷. De même, l'on considère en France qu'une « mise en ligne » est une communication au public au sens de l'art. L.122-2 *CPI*, dans la mesure où il y a une représentation par télédiffusion. Or, on ne peut ignorer qu'avec *internet*, « c'est l'utilisateur qui choisit le moment de la communication »¹⁷⁸⁸ et donne le signal d'émission. Par conséquent, une mise en ligne semble être considérée comme une « communication virtuelle »¹⁷⁸⁹, et donc relever du droit de représentation.

Peu importe si la mise en ligne inclut le *upload*, ou si la mise en ligne est à comprendre au sens strict : elle met en jeu le droit de représentation ou, selon la terminologie européenne, le droit de communication au public.

Finalement, est-ce qu'en pratique les différentes approches fonctionnelles apportent des réponses différentes ? Lorsque le *upload* est à comprendre au sens large incluant ainsi la « mise en ligne », alors le *upload* qui n'aboutit pas à une mise en ligne de l'œuvre ne relève tout simplement pas du droit d'auteur. L'on peut donc tout simplement inverser le raisonnement et considérer -comme c'est le cas généralement en France- que seule la mise en ligne relève du droit d'auteur. Les hésitations concernant les qualifications juridiques sont les mêmes, à la différence près que le droit français n'opère pas de distinction entre la « mise à disposition » (l'art. 19a *UrhG*) et « la télédiffusion » (l'art. 20 *UrhG*).

2- Qualification juridique du *routing*

Une approche tenant compte de la spécificité technique du *routing* permet de qualifier juridiquement le *routing* à l'aune du droit de reproduction alors qu'une approche accordant de l'importance à la finalité du *routing* laisse entrevoir une qualification juridique à l'aune du droit de représentation.

¹⁷⁸⁷ F. POLLAUD-DULIAN, n° 850;

¹⁷⁸⁸ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, p. 139.

¹⁷⁸⁹ L. COSTES, S. MARCELIN, S. RAMBAUD, *Droit du numérique, Guide, Solutions et applications, pratiques contractuelles*, n° 3986, p. 525.

a- Qualification juridique du *routing* à l'aune du droit de reproduction?

Souvent, le *routing* est simplement considéré comme un acte „technique nécessaire“¹⁷⁹⁰. La copie du paquet, c'est-à-dire du morceau d'œuvre, réalisée lors de chaque passage par un routeur relève-t-elle du droit d'auteur et plus particulièrement du droit de reproduction? Il n'y a reproduction au sens de l'art. L.122-3 du *CPI*, et de l'art. 16 *UrhG*, que lorsqu'il y a reproduction d'une œuvre concernant le droit d'auteur. A partir du moment où les très petits paquets ne constituent que de très petits morceaux de l'œuvre transmise, ces paquets ne répondent pas au critère d'originalité/ d'individualité et ne peuvent donc pas bénéficier d'une protection par le droit d'auteur. Ces derniers ne constituent pas non plus une partie importante d'une « banque de données ». Une fois les petits paquets rassemblés, on peut considérer que l'œuvre aura pourtant bien été reproduite¹⁷⁹¹. A suivre ce raisonnement, le *routing* nécessite donc l'autorisation de l'auteur, au titre du droit de reproduction à moins que l'on puisse faire jouer l'exception de reproduction provisoire. En France et en Allemagne, le *routing* relève de l'exception de reproduction provisoire puisque non seulement les copies effectuées dans le cadre du *routing* sont indispensables à l'acte technique de communication, mais en plus, elles sont éphémères et ne subsistent que le temps de la transmission. Par conséquent, les reproductions n'ont aucune autonomie, ni aucune valeur économique propre. En conclusion, il semble bien que l'exception de reproduction provisoire s'applique au *routing*. On peut néanmoins critiquer la compréhension technique du droit de reproduction, puisqu'une compréhension plus fonctionnelle du droit de reproduction, ne reconnaissant que la reproduction d'une œuvre en vue d'une communication au public aurait vraisemblablement permis d'écarter le *routing* du champ d'application du droit d'auteur. A moins de considérer que l'acte d'utilisation du *routing* ne contribue à la communication au public de cette œuvre.

b- Qualification juridique du *routing* à l'aune du droit de communication au public

Au vu du droit d'auteur, on peut s'étonner que la doctrine ne cherche pas à qualifier le *routing* à l'aune du droit de représentation. Envisagés d'un point de vue fonctionnel, les actes de reproduction effectués au niveau de chaque routeur ont pour seule finalité de recomposer le plus rapidement possible l'œuvre sur l'ordinateur du destinataire. C'est pourquoi, le *routing* semble avoir pour fonction de « communiquer l'œuvre » et pourrait donc faire l'objet d'un droit de représentation (selon la terminologie française). En Allemagne, le « *routing* » constitue-t-il un acte d'exploitation sous forme incorporelle, c'est-à-dire un acte de communication à un public tout au moins potentiel¹⁷⁹²? Est-on en présence d'une simple « mise à disposition » au sens de l'art. 19a *UrhG* ou d'une télédiffusion, au sens de l'art. 20 *UrhG*? Caractérisé par une transmission individuelle, le *routing* ne permet pas une communication à un public constitué d'une pluralité de personne atteint au même moment. Le *routing* ne peut être qualifié de télédiffusion de point à multipoint au sens de l'art. 20 *UrhG*. Le *routing* entraîne-t-il la mise en œuvre du droit de mise à disposition au sens de l'art. 19a *UrhG*? D'un point de vue allemand, le *routing* ne constitue donc pas une communication au public.

¹⁷⁹⁰ N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, p. 132.

¹⁷⁹¹ Au sens de l'article 69 lorsque l'on a à faire à des logiciels.

¹⁷⁹² J. ENSTHALER/S. WEIDERT, *Handbuch Urheberrecht und internet*, p. 180.

3- Qualification juridique du *caching*

Comme pour le *routing*, une approche tenant compte de la spécificité technique du *caching* permet de qualifier juridiquement le *caching* à l'aune du droit de reproduction (a) alors qu'une approche accordant de l'importance à la finalité du *caching*, laisse entrevoir une qualification juridique à l'aune du droit de représentation (b).

a- Qualification juridique du *caching* à l'aune du droit de reproduction?

Comme déjà souligné dans le chapitre préliminaire, différents types de cache peuvent être distingués, à savoir le *local caching*, le *proxy caching*, le *content caching*, ou le *cache de moteurs de recherche* etc. Ces différents caches ont pour caractéristique commune de pouvoir „stocker des œuvres“ et de rendre ainsi plus efficace la transmission des œuvres. C'est donc sans surprise que l'opinion majoritaire¹⁷⁹³ en France et en Allemagne considère que ces actes sont couverts par un droit de reproduction défini largement. L'application de l'exception de reproduction provisoire de l'art. 5.1 de la directive *InfoSoc*, bien que prévue par le considérant 33 de la directive *InfoSoc*, n'en reste pas moins très controversée.

b- Qualification juridique du *caching* à l'aune du droit de représentation?

On peut envisager parallèlement à la qualification juridique complexe du *caching* au regard de l'exception de reproduction provisoire, une telle qualification au regard du droit de représentation. Ne peut-on pas interpréter le *caching* comme un acte d'utilisation d'une œuvre intimement lié à un acte de représentation¹⁷⁹⁴? Le *proxy caching* ne constitue-t-il pas simplement un dispositif ayant pour fonction de permettre une nouvelle communication d'une œuvre? A ce sujet, M. Lucas cite un exemple emblématique de la Cour suprême du Canada¹⁷⁹⁵, qui sans évoquer le droit de reproduction a décidé que le *caching*, lorsqu'il est dicté par la nécessité d'offrir un service plus rapide et plus économique, n'emporte pas la violation du droit de communication au public au sens du droit canadien¹⁷⁹⁶. En fait, cette qualification juridique du *caching* traduit une approche plus englobante et moins technique du *caching*, puisque l'accent est mis sur la fonction ou le but poursuivi par le *caching*.

¹⁷⁹³ Voir par exemple, Werner in : J. Ensthaler/S. Weidert, *Handbuch Urheberrecht und internet*, 2010, p.182, n° 85; M. SCHIPPAN, *Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von internet und digitaler Technologie*, 1999, p. 94.

¹⁷⁹⁴ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 353, n° 373; N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, n° 174, p. 141.

¹⁷⁹⁵ 30 juin 2004, 2004 CSC 45, *Société canadienne des auteurs, compositeurs de musique c/ Association canadienne des fournisseurs internet*: Propr. Intell. 2004, p. 919, obs. A. LUCAS.

¹⁷⁹⁶ C'est-à-dire l'article 2.4 (1) b) de la loi sur le droit d'auteur.

4- Qualification juridique du *browsing*

Comme pour le *caching*, la directive du 22 mai 2001 semble avoir tranché la question, puisque le considérant 33 de la directive précise que l'exception de reproduction provisoire prévue à l'art. 5.1 concerne le *browsing*. On en déduit donc que le *browsing* relève du droit de reproduction. Cependant, les considérants n'ont pas de valeur juridique obligatoire, ce qui oblige à prendre du recul par rapport à la qualification juridique proposée du *browsing*. Deux raisonnements peuvent être suivis afin de qualifier juridiquement le *browsing* : un raisonnement technique ou un raisonnement tourné vers la finalité ou la fonction du *browsing*.

a- Qualification juridique du *browsing* à l'aune du droit de reproduction?

D'un point de vue technique, la pratique du *browsing* se concrétise par une fixation assez durable (dans la mémoire « cache ») au niveau de l'ordinateur de l'internaute¹⁷⁹⁷. La copie¹⁷⁹⁸ de l'œuvre ainsi réalisée va permettre une consultation de l'œuvre, alors même que la connexion *internet* est interrompue¹⁷⁹⁹. On ne retrouve donc plus la « volatilité » si caractéristique de la simple fixation dans la mémoire vive¹⁸⁰⁰. N'étant plus un acte technique nécessaire propre à la transmission numérique des œuvres, le *browsing* deviendrait un acte d'exploitation autonome réalisé par les intermédiaires techniques¹⁸⁰¹. De surcroît, la signification économique du *browsing* serait indépendante. En effet, le *browsing* permet la visualisation de publicité présente sur certains sites *internet*, ce qui permet une comptabilisation des connexions réalisées sur les sites visités¹⁸⁰² tout comme le calcul des recettes. Craignant d'encourir à cet égard, une responsabilité susceptible d'affecter la rentabilité économique de leur activité, les fournisseurs d'accès ont contesté par le biais d'un intense lobbying¹⁸⁰³, la définition extensive du droit de reproduction pourtant assortie d'exceptions qui ne sont cependant pas formulées de manière précise pour pouvoir dissiper toute équivoque¹⁸⁰⁴. Une compréhension technique du *browsing* permet d'envisager une atteinte au droit de reproduction, à moins que l'exception de reproduction provisoire ne s'applique.

¹⁷⁹⁷ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Editions Litec, 1998, Rn 260.

¹⁷⁹⁸ Tel est le vocabulaire employé par SCHIPPAN, *ibid.*, p. 92.

¹⁷⁹⁹ L'utilisateur accédera ainsi à des informations qui peuvent être périmées, ce qui peut se révéler lourd de conséquences.

¹⁸⁰⁰ Tel est le cas aujourd'hui, mais la technique évolue très rapidement.

¹⁸⁰¹ Voir N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, qui cite une décision américaine : *LDS Church vs. Utah Lighthouse Ministry*. Le tribunal a considéré que, le *browsing* non autorisé d'une œuvre protégée était une contrefaçon.

¹⁸⁰² T. Verbiest précise toutefois que contrairement aux copies en mémoire RAM, les copies « cache » risquent parfois de ne pas être comptabilisées par l'exploitant du site. Voir T. Verbiest, « les copies provisoires techniques confrontées au droit de reproduction », octobre 2004, disponible sur <http://www.droit-technologie.org> rubrique « dossier », p. 3.

¹⁸⁰³ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Editions Litec, 1998, p. 132, n° 261.

¹⁸⁰⁴ Voir entre autres, Th. Vinje, *The New WIPO Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva*, (1996) 5 *EIPR* 230-236, à la p. 232.

b- Qualification juridique du *browsing* à l'aune du droit de représentation?

Si on accorde une plus grande importance à la finalité du *browsing*, les fixations n'ont aucune autonomie puisqu'elles ne sont que des étapes d'un processus de communication¹⁸⁰⁵. Deux conséquences sont alors envisageables pour la qualification juridique du *browsing* d'une œuvre.

Soit il y a simplement application du droit de communication au public, soit il y a un cumul d'application du droit de reproduction dans le sens d'une fixation et du droit de communication au public. La première solution consiste à envisager la primauté du droit de communication au public sur l'acte de « reproduction » dans le sens technique d'une fixation qui ne serait qu'un « accessoire » de ce dernier. Le *browsing* ne serait alors qu'un acte technique en vue de communiquer une œuvre au public. *De lege ferenda*, on peut même envisager que le *browsing* ne relève pas du droit d'auteur. La deuxième solution entraînerait un cumul d'application du droit de reproduction et du droit de représentation, puisqu'il s'agit de soumettre au contrôle de l'auteur ou de l'ayant droit toutes les fixations provisoires tel le *browsing*. Une telle vision technique est critiquable puisqu'elle segmente artificiellement un processus qui prétend identifier des actes distincts de reproduction¹⁸⁰⁶.

§ 2- Application incertaine des droits questionnant la pertinence de la *summa divisio*

La *summa divisio* n'est pas uniquement remise en cause par les incohérences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ni par des méthodes (techniques ou fonctionnelles) différentes de détermination de l'étendue d'un acte d'exploitation, entraînant notamment l'application de droits différents en France et en Allemagne voire même un cumul des droits, pour un même acte d'exploitation d'une œuvre. Au-delà de ces enchevêtrements, c'est l'interactivité des acteurs, accentuée par la dématérialisation des supports des œuvres, qui entraîne une application incertaine des droits. Un même modèle d'affaires recourant à des techniques utilisées dans un monde numérique peut donc être qualifié juridiquement différemment selon les points de rattachement auxquels on se rapporte. Cette application incertaine des droits entraîne un manque de sécurité juridique questionnant la pertinence et l'adaptation de la *summa divisio* actuelle des droits dans un monde numérique.

A- Qualification juridique des actes d'utilisation des œuvres recourant à la technique du streaming

Les développements du chapitre préliminaire ont permis de montrer que le *streaming* est avant tout une notion *technique*¹⁸⁰⁷ pouvant être concrétisée en différents modes. La

¹⁸⁰⁵ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Editions Litec, 1998, p. 132, n° 262.

¹⁸⁰⁶ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 258 et aussi Th. DREIER, *L'analogique, le digital et le droit d'auteur*, in : P.-Y. Gautier, *Mélanges Françon*, p. 119-131, ainsi qu'aux pages 123-124 (« c'est choisir une mauvaise perspective que de ne se reporter qu'aux seuls utilisateurs »).

¹⁸⁰⁷ « Comme toute technique, le *streaming* est juridiquement neutre », Ch. ALLEAUME, « *Streaming : la situation de l'internaute final est moins claire aujourd'hui qu'avant la loi du 20 décembre 2011* », Actualité Interview : Légipresse, n°291, Février 2012, p. 67.

technique du *streaming* entre en relation avec le droit d'auteur dès lors que des œuvres protégées par le droit d'auteur font l'objet d'une consultation, d'une diffusion, ou d'une mise à disposition en *streaming*. Le *streaming* étant un mode de communication d'œuvres effectué sur les réseaux, sans transfert permanent du fichier numérique¹⁸⁰⁸, un doute subsiste quant au fait de savoir si la technique du *streaming* porte atteinte à un droit d'exploitation exclusif d'auteur. Ce doute est d'autant plus justifié que les modèles d'affaires liés à la technique du *streaming* prennent souvent la forme de sites *internet* n'offrant qu'une interface composée de liens hypertextes pointant vers d'autres sites sur lesquels sont „mises en ligne“ les œuvres à *streamer*.

En Allemagne, l'enquête policière menée contre l'opérateur du site *web*, „kino.to“ en 2011, tout comme les avertissements de masse en 2013 contre le *streaming* présumé illégal de films pornographiques par le biais du site *internet* *redtube.com* ont permis d'attirer l'attention sur les véritables enjeux de la qualification juridique des actes d'utilisation des œuvres recourant à la technique du *streaming*¹⁸⁰⁹. En France aussi, le rapport *Lescure*¹⁸¹⁰ a montré que l'essentiel des actes de contrefaçon constatés portent sur des utilisations de contenus par le biais du *streaming*¹⁸¹¹. Il est néanmoins très difficile de déterminer précisément quel droit a été violé et par qui. Souvent, les formulations sont très globales, comme c'est le cas, par exemple, dans la décision du *TGI* de Paris du 28 novembre 2013¹⁸¹², à propos du blocage et du déréférencement de sites tels ceux de <*www.allostreaming.com*>, dont l'activité consiste à permettre la diffusion d'œuvre en *streaming* sans l'autorisation préalable des ayants droit. Après avoir rappelé les dispositions applicables en matière de droit d'auteur tels les articles L.122-1, L.122-2, L.122-3 et L.122-4 *CPI*, le *TGI* considère que les sites du réseau <*allostreaming*> ont une activité illicite puisqu'ils proposent un contenu exclusivement ou quasi exclusivement dédié à une activité qui consiste à représenter et/ou reproduire des films ou des séries télévisées sous la forme de *streaming*, sans l'autorisation des auteurs et contraire aux articles L.122-1 et suivants cités plus haut. Les difficultés de qualification d'un acte d'utilisation d'une œuvre par le biais du *streaming* sont liées aux différents points de rattachements selon lesquels on peut se placer pour qualifier juridiquement cet acte.

Alors que la qualification juridique de l'utilisation d'une œuvre par la technique du *streaming* est généralement appréciée du point de vue des „fournisseurs“ (1), elle n'est pas souvent thématisée par la doctrine française et fait l'objet de controverses en Allemagne¹⁸¹³ (2). Les fournisseurs se situant généralement à l'étranger, ce qui exclut souvent l'application du droit d'auteur allemand et français, l'analyse des actes des utilisateurs se situant en France ou en Allemagne n'en est que plus pertinente. A ce diptyque s'ajoutent les intermédiaires

¹⁸⁰⁸ O. PIGNATARI, *Blocage et déréférencement de plusieurs sites de streaming : à qui profite le streaming ?* : RLDI, 2014/101, p. 18 (18).

¹⁸⁰⁹ Voir notamment, C. GALETZKA, E. STAMER, *Streaming – aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis*, Redtube, kinox.to & Co : MMR 2014, 292.

¹⁸¹⁰ J.-M. BRUGUIERE, *Rapport Lescure : réflexions sur des propositions relatives au numérique*, D. 2013, p. 1464.

¹⁸¹¹ Pour un constat similaire, voir A. JABER, *La propriété intellectuelle à l'ère du streaming : quelle répression ?* : RLDI 2011/77, n°2579.

¹⁸¹² *TGI* Paris, réf., 28 nov. 2013, n°11/600013 : RLDI 2013/99, n°3294; jugement confirmé par CA Paris 15 mars 2016, LEPI 2016/6, p. 6.

¹⁸¹³ K. FANGEROW, D. SCHULZ, *Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to, Eine urheberrechtliche Analyse des Film-Streamings im Internet* : GRUR 2010, 677 (678).

notamment les fournisseurs d'accès à *internet*, les moteurs de recherche ou les hébergeurs¹⁸¹⁴ dont le rôle est de plus en plus important.

1- Appréciation du point de vue des „fournisseurs“: application du droit de communication au public et du droit de reproduction ?

Selon le rapport français présenté en 2015 pour le congrès de l'ALAI à Bonn, « la mise à disposition en *streaming* d'œuvres constitue une communication au public qui suppose une autorisation préalable des titulaires des droits »¹⁸¹⁵. Cette réponse soulève deux interrogations. Premièrement, quelle est l'étendue exacte de l'acte de *mise à disposition* dont il est question ? Deuxièmement, *qui* réalise cette mise à disposition ?

La première question met l'accent sur les ambiguïtés dues à l'emploi de la terminologie de „mise à disposition“ en langue française. S'agit-il d'une mise à disposition au sens de l'art. 3 de la directive *InfoSoc* ? Dans ce cas, cette mise à disposition constitue à n'en pas douter une communication au public. Ou faut-il accorder une acception plus large à cette terminologie ? Existe-t-il une synonymie entre une mise à disposition en *streaming* d'œuvres, et une mise en ligne d'œuvres dans le but que ces dernières soient *streamées* ? Si tel est le cas, les difficultés liées à l'étendue de la mise en ligne sont les mêmes que celles présentées dans le cadre des développements consacrés au téléchargement de manière ascendante (*upload*) et de la mise en ligne d'une œuvre sur un site *web*. Il se pose alors toujours la question de la fixation de l'œuvre et d'un possible cumul des droits de reproduction et de représentation.

La première question est intimement liée à la deuxième question. Qui réalise la mise à disposition d'œuvres en *streaming* ? S'agit-il de l'éditeur de contenus (personne physique ou morale) détenant un contrôle sur les contenus diffusés, et qui dans certains cas, „met en ligne“ le contenu afin que ce dernier soit „streamé“ ? L'éditeur de contenus peut également endosser le rôle de l'exploitant d'un site *web*, proposant des œuvres musicales ou audiovisuelles à *streamer*. Il est évident qu'à l'heure du *web* 4.0, tout utilisateur internaute est un éditeur potentiel de contenus. En pratique, l'utilisateur internaute va généralement télécharger des œuvres sur des plateformes telles que *Youtube*, et les œuvres vont ainsi être stockées dans des serveurs d'hébergement. Qui est alors le fournisseur ? Qui a mis l'œuvre à disposition en vue d'une visualisation en *streaming* ? Est-ce la plateforme *Youtube* ou l'internaute-utilisateur ? Le rôle des intermédiaires se résume-t-il à une fonction technique et passive ? L'acte de mise à disposition d'une œuvre en vue d'une visualisation par *streaming* ne peut-il s'analyser juridiquement que sous l'angle de la communication au public ?

Quel est le rôle des intermédiaires contribuant à mettre à disposition des œuvres en vue d'un *streaming* ? Ne peut-on pas considérer que des reproductions sont réalisées, dans le cadre du *routing* et du *caching*, par les intermédiaires que sont par exemple les opérateurs de réseaux¹⁸¹⁶ ou les fournisseurs d'accès (FAI)¹⁸¹⁷ ? Par exemple, une vidéo très demandée sur le

¹⁸¹⁴ Voir à ce sujet notamment, le rapport sur les moyens de lutte contre le *streaming* et le téléchargement direct illicites du 15 février 2013, en réponse à une mission confiée à Mme IMBERT-QUARETTA, Présidente de la Commission de protection des Droits de l'Hadopi, par Mme Marais, Présidente de l'Hadopi, à Paris, p. 23.

¹⁸¹⁵ Réponse du groupe français au questionnaire pour le congrès de l'ALAI 2015 à Bonn, sur la « rémunération de l'utilisation des œuvres », Partie A, p. 2.

¹⁸¹⁶ « Toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques » : L. 32-15° du Code des postes et des communications électroniques.

site *Youtube* peut être reproduite en cache dans la mémoire du serveur d'un FAI. Comme cela a déjà été souligné dans les développements précédents, il n'est pas certain que le *caching* et le *routing* d'une œuvre relèvent de l'exception de reproduction provisoire au sens de l'art. 5 al. 1 de la directive *InfoSoc*. Les intermédiaires sont donc susceptibles de réaliser des actes d'utilisation des œuvres relevant du droit exclusif [d'exploitation] de reproduction. Par conséquent, la „mise à disposition“ d'une œuvre en vue de la visualisation par *streaming* peut s'analyser à l'aune du droit de reproduction et à l'aune du droit de représentation, entraînant éventuellement même un cumul d'application des droits.

Une dernière question reste en suspens. Peut-on véritablement considérer que la *mise à disposition* en *streaming* d'œuvres constitue une communication au public ? L'œuvre destinée à être visualisée sous la forme d'un *streaming* est-elle véritablement communiquée au public, par sa « mise en ligne » ? On peut en effet douter que l'œuvre affichée en vue d'être streamée soit déjà communiquée, puisque seul *l'image figée* d'un film n'est visible sur le site *web*, alors que c'est bien le film entier qui est destiné à être streamé. En France, la qualification d'un acte de représentation n'exige pas un acte positif d'émission mais simplement une décision de communiquer l'œuvre à un public présent, ou tout simplement potentiel. Bien que subjective, la volonté de rendre accessible une œuvre sur *internet* suffit à caractériser la finalité d'un acte d'utilisation d'une œuvre et justifie l'application du droit de représentation.

Néanmoins, ne peut-on pas qualifier cet acte de reproduction ? Les „fournisseurs“ ne diffusent-ils pas uniquement des exemplaires fixant matériellement une œuvre, pouvant être visualisée en *streaming* ? En effet, la principale différence entre la visualisation d'un film via la télévision et la visualisation d'un film via la technique du *streaming* est le fait qu'avant *son streaming* par l'utilisateur internaute, l'œuvre est „affichée“ sur un site accessible à un public potentiel. L'œuvre est-elle alors reproduite, à partir du moment où le public n'entre en relation avec l'œuvre que par la médiation du support sur lequel elle a été fixée ? Comme pour le cinéma, l'intervention du support ne devrait pas empêcher l'application du droit de représentation, mais une application cumulative du droit de reproduction (dès lors que celui-ci est limité à une fonction de fixation), et du droit de représentation est envisageable.

Les développements montrent qu'ils existent des difficultés de qualifications des utilisations des œuvres recourant à la technique du *streaming* : elles proviennent du fait qu'il s'agit de déterminer l'étendue de l'acte d'utilisation à qualifier. La « mise en ligne » d'une œuvre en vue d'une visualisation en *streaming* peut s'analyser en plusieurs étapes, nécessitant l'intervention de différents acteurs qui interviennent uniquement pour des raisons techniques, mais réalisant des actes d'utilisation de l'œuvre pouvant s'interpréter comme un acte d'exploitation.

La consultation d'une œuvre en *streaming* par un internaute-utilisateur est-elle un acte d'utilisation d'une œuvre pouvant s'analyser comme une reproduction ? En pratique, cette question est d'une importance non négligeable. Il s'agit tout bonnement de déterminer si la responsabilité des „récepteurs“ de contenus illégaux en *streaming* peut être mise en œuvre sur le fondement d'une violation du droit de reproduction (à moins qu'une exception ne s'applique).

¹⁸¹⁷ Fournisseur d'accès à *internet* (FAI): prestataire de services qui offre différents types de comptes d'accès à l'*internet* aux organismes et aux particuliers.

2- Appréciation du point de vue du consommateur: jouissance de l'œuvre ou reproduction ?

La qualification juridique de la consultation d'une œuvre par un utilisateur dépend de la qualification de l'acte d'utilisation des „fournisseurs“. Dès lors que l'on considère que les fournisseurs d'une œuvre destinée à être *streamée* réalisent une télédiffusion de point à multipoint au sens de l'art. 20 UrhG, l'internaute-consommateur est immunisé puisque la réception d'une œuvre télédiffusée est libre (a). Au contraire, si l'acte des fournisseurs s'analyse en une mise à disposition d'une œuvre, nécessitant un acte actif de la part de l'internaute-consommateur, ce dernier « perd » son privilège et ses actes peuvent donc porter atteinte au droit de reproduction (b). Par conséquent, au-delà de la numérisation, c'est bien le degré d'interactivité qui rend l'application complexe de la distinction des formes d'exploitation corporelles/incorporelles.

a- Libre réception de l'œuvre par le consommateur ?

Peut-on considérer, par une analogie avec la télédiffusion, que la technique du *streaming* permet la transmission d'une œuvre ? Bien que la qualification du « live streaming » soit envisagée par une partie de la doctrine allemande par analogie à une télédiffusion, les développements suivants montrent que l'analyse de l'acte de *streaming* sous l'angle du diptyque émission/réception pose problème, notamment en raison de l'émergence de nouveaux acteurs. Un des arguments en faveur de cette analogie est certainement le fait que, comme dans le cadre d'une télédiffusion, le « live streaming » a pour but de communiquer une œuvre à un public présent en même temps. Le fait que l'utilisateur doive tout de même cliquer sur une vidéo ne perturbe en rien l'analogie, puisque comme dans le cadre d'une télédiffusion d'ailleurs, cela n'empêche pas l'utilisateur consommateur de décider si oui ou non, il réceptionne effectivement la transmission. Si le « live streaming » peut être qualifié juridiquement de télédiffusion au sens du droit français et au sens de l'art. 20 UrhG selon le droit d'auteur allemand, alors le monopole des ayants droits ne touche pas la sphère de réception. Comme le rappelle Mme *Dusollier*, « ce sont les actes qui communiquent l'œuvre au public, la distribuent ou la reproduisent qui forment le cœur des droits exclusifs, et non les actes d'accès à l'œuvre ou de *réception* de celle-ci »¹⁸¹⁸.

A première vue, le principe de la „libre“ réception a pour origine l'idée d'une simple consommation ou jouissance intellectuelle de l'œuvre n'entrant pas dans le champ du droit d'auteur. Le raisonnement serait alors le suivant: puisque la consultation d'une œuvre par *streaming* « se lit immédiatement » lors de la connexion sur un site *web*, on peut très bien considérer qu'il ne s'agit là que de la jouissance réceptive d'une œuvre ne constituant pas une exploitation relevant du droit d'auteur. La simple consommation d'une œuvre est donc libre. Peu importe alors que l'œuvre ainsi consommée soit reproduite, communiquée au public ou mise en circulation de manière légale ou illégale. Ainsi, l'*écoute* de l'enregistrement illégal d'un concert en *streaming* ou la *réception* d'une émission radio pirate ne pose pas de problème sur le plan du droit d'auteur.

Considérer que la consultation d'une œuvre par *streaming* ne constitue qu'une simple jouissance intellectuelle, revient à ne faire entrer la technique du *streaming* en contact avec le

¹⁸¹⁸ S. DUSOLLIER, *L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ?* : CCE, nov. 2005, p. 17 s. (18).

droit d'auteur que sous l'angle du droit de représentation puisque la consultation d'une œuvre ne relève alors pas du champ d'application du droit d'auteur. Les seuls actes pris en compte par le droit d'auteur seraient des actes „d'émission“ des fournisseurs.

Au delà d'une approche technique des actes réalisés par les fournisseurs et intermédiaires réalisant des reproductions provisoires, une approche *fonctionnelle*, globale de l'acte des fournisseurs permet de qualifier leurs actes de « communication au public ». A la différence d'une télédiffusion, une simple mise à disposition des œuvres en vue d'une visualisation par le *streaming* n'entraîne pas selon l'approche fonctionnelle une libre « réception de l'œuvre » par les utilisateurs/consommateurs. Par conséquent, l'utilisateur-internaute n'est plus immunisé et peut très bien, par ses actes, porter atteinte au droit de reproduction. Les actes réalisés par l'utilisateur en vue de visualiser un film en *streaming* nécessitent-ils l'autorisation des ayants-droits ?

Contrairement à ce que décrivait un auteur en 2012, la simple *lecture* d'une œuvre sur l'écran d'un ordinateur peut entraîner l'application du droit de reproduction¹⁸¹⁹. Par analogie, on peut considérer que l'écoute d'une œuvre musicale par le biais d'un *CD*, par le biais d'un fichier MP3 ou d'un *stream* entraîne vraisemblablement tout au moins la réalisation d'actes de reproductions provisoires nécessaires sur le plan technique. L'hypothèse de départ consiste donc à considérer qu'alors même que la consommation d'une œuvre par le biais de la technique du *stream* est vraisemblablement immunisée par le jeu des exceptions, cet acte d'utilisation tombe s'associe à du monopole.

b- La consultation d'une œuvre par *streaming* constitue-t-elle une reproduction ?

Dans le cadre de la première partie de cet ouvrage, une reproduction, au sens de l'art. 16 al.1 de la loi sur le droit d'auteur allemand se définit comme toute fixation corporelle d'une œuvre susceptible de rendre celle-ci accessible aux sens humains, de quelque façon que ce soit, de manière directe ou indirecte¹⁸²⁰. De plus, la fixation peut très bien être permanente ou simplement temporaire, et peu importe si d'autres mesures sont nécessaires pour la perception de l'utilisateur¹⁸²¹. En France, l'art. L.122-3 du *CPI* définit le droit de reproduction en tant que « fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Il est donc clair que le *download* d'une œuvre qui entraîne une fixation (c'est-à-dire un stockage) de l'exemplaire d'une œuvre sur le disque dur d'un ordinateur, s'analyse comme une reproduction de celle-ci. Or, dans le cadre du *streaming*, justement, il n'y a pas de stockage durable d'une œuvre dans le disque dur de l'ordinateur. Comment considérer alors que la consultation d'une œuvre par *streaming* relève du droit de reproduction ?

¹⁸¹⁹ Voir à ce sujet l'arrêt *Meltwater*, CJUE 5.6/2014.

¹⁸²⁰ Amtl. Begr., BT-Drs. IV/270, p. 47 ; BGH : GRUR 1991, 449, 453 – *Betriebssystem* ; BGH : GRUR 1955, 492, 494 – *Grundig-Reporter*.

¹⁸²¹ J. D. HEERMA, in : A. A. Wandkte/ W. Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*, 4. Aufl. 2014, § 16 Rn.2f. ; U. LOEWENHEIM, in : Schricker/Loewenheim, 4. A., § 16 Rn.9 ff.

aa- Fixation corporelle ou matérielle des œuvres dans le cadre du *streaming* ?

La consultation d'œuvres sous la forme de *stream* constitue-t-elle une fixation corporelle et matérielle ? Dans les développements précédents, la terminologie de fixation *corporelle ou matérielle* employée par les lois allemande et française, bien qu'issue du monde analogique s'applique aussi dans un monde numérique. Peut-on néanmoins parler de *fixation* dans le cadre de la consultation d'une œuvre par *stream* ?

Afin de transmettre un contenu par le biais du *streaming*, le serveur du „fournisseur“ démantèle ce contenu en une pluralité de petits paquets de données et alimente ainsi en continu le réseau de données. En raison de l'infrastructure du réseau et des protocoles de transmission utilisés dans le cadre du *streaming*, il n'est toutefois pas garanti que les paquets de données arrivent dans le bon ordre chez l'utilisateur, ni qu'ils soient disponibles au moment exact de leur « lecture ». Dans le but de néanmoins permettre une lecture fluide, l'ordinateur de l'utilisateur met en place une mémoire tampon ou mémoire vive (mémoire RAM) permettant d'enregistrer temporairement pendant quelques secondes des contenus. Par là même, des écarts temporels peuvent être compensés, et les paquets de données arrivant dans un ordre erroné peuvent être triés. Le programme d'ordinateur permettant la lecture du contenu utilise les données enregistrées dans la mémoire vive. La durée, tout comme la conservation ou non de ces paquets de données dans la mémoire vive (comme dans le cas du *download* progressif) dépend du programme d'ordinateur et des paramètres choisis.

Finalement, peu importe que les paquets de données soient enregistrés dans la mémoire vive, ou de manière éphémère au niveau du disque dur. En effet, selon un consensus, la mise en mémoire des flux de données résultant de la lecture en *streaming* des contenus se caractérise principalement par le fait que le fichier diffusé sur le site source n'est en principe pas stocké définitivement sur le disque dur de l'ordinateur du destinataire. Bien sûr, il est possible qu'une copie permanente soit réalisée à l'aide de logiciels spéciaux ou en changeant simplement le code source d'une vidéo *Youtube* par exemple. Cela permet l'enregistrement des données sous la forme d'un fichier dans le disque dur de l'ordinateur. Le fichier pourra ainsi être consulté sans connexion *internet*. Il s'agit bien évidemment ici d'une pratique de contournement de la fonctionnalité du *streaming*.

La question reste donc posée de savoir si la mise en mémoire tampon des flux de données constitue une « fixation ». Or une fixation s'entend très bien d'une fixation provisoire et précisément, le *streaming* ne peut pas avoir lieu sans au moins un enregistrement éphémère des paquets de données reçues, jusqu'à leur visualisation¹⁸²². La consultation d'un contenu par *stream* est donc toujours liée à des enregistrements d'ordre technique, et pour ainsi dire, inévitables, au niveau de l'appareil de lecture. Ces enregistrements ont même lieu, lorsque le contenu *streamé* est protégé par des mesures techniques de protection, empêchant l'utilisateur de télécharger ces œuvres afin de les utiliser ultérieurement. En fait, toute consommation des œuvres sur *internet* est subordonnée à des enregistrements dans la mémoire vive de l'ordinateur de l'utilisateur. Ces enregistrements sont dus au traitement des données numériques ainsi qu'à leur conversion afin d'être perceptibles par les sens humains¹⁸²³. Ces enregistrements sont éphémères, puisqu'ils disparaissent définitivement lorsque la consultation s'achève, ou dès que l'ordinateur cesse d'être alimenté en électricité.

¹⁸²² Sont donc inexacts les développements de : F. KOCH : GRUR 2010, 574, 575 ; BÜSCHER/MÜLLER : GRUR 2009, 558.

¹⁸²³ Voir dans ce sens, J. D. HEERMA, in : Wandtke/Bullinger, § 15 Rn.6.

Même la simple consultation ou visualisation d'une télédiffusion numérique n'est pas possible sans l'enregistrement éphémère de signaux numériques¹⁸²⁴. On verra qu'il en va de même pour la simple consultation d'une œuvre présente sur un site *web*.

bb- Stockage de parties d'œuvres pouvant être qualifié de reproduction

Pour autant, cela ne signifie pas que ces enregistrements puissent être qualifiés de reproduction au sens du droit d'auteur allemand ou français. Dans le cadre du *download* progressif ou dans le cadre du téléchargement d'un *stream* (*dès lors qu'il y a contournement de la pratique du streaming*), il est clair qu'il s'agit d'une reproduction à partir du moment où ces actes permettent une copie, c'est-à-dire une fixation matérielle de l'exemplaire de l'œuvre sur le disque dur de l'utilisateur.

Néanmoins, dans le cadre d'un simple *stream*, il ne reste généralement que quelques fixations éphémères de fragments d'œuvres. Les paquets d'œuvres entrant sont enregistrés aussi longtemps que nécessaire pour une « transmission » de ces derniers. Après cela, ils sont rejetés et éventuellement remplacés par de nouvelles données.

Droit de reproduction et droit d'auteur.

Dans le but d'appliquer le droit de reproduction, la partie de l'œuvre fixée doit elle-même être protégée par le droit d'auteur. Selon le droit d'auteur allemand, elle doit donc constituer une « création personnelle intellectuelle »¹⁸²⁵ au sens de l'art. 2 al. 2 UhrG, et une œuvre au sens de l'art. L.112-2 du *CPI* français. En droit allemand, bien que controversé, on peut souligner que de très petites parties d'œuvres peuvent être protégées par le droit d'auteur¹⁸²⁶, ce qui est également la tendance en France.

En fait, la protection au titre du droit d'auteur d'une partie d'une œuvre ne dépend pas du rapport quantitatif ou qualitatif de l'extrait de l'œuvre prélevé par rapport à l'ensemble. Peu importe également que l'extrait en question ne permette pas de rendre compte de l'individualité ou de l'originalité de l'œuvre dans son *ensemble*. L'étendue minimale des fragments d'œuvre, c'est-à-dire ici la longueur du fragment de film, de la musique ou d'autres œuvres ne peut être définie de manière abstraite. Elle se détermine en tenant compte de l'œuvre en question: il s'agit d'une appréciation *in concreto*. Face à la protection par le droit d'auteur de créations pouvant tout juste encore être considérées comme des œuvres qui sont alors nommées « petite monnaie »¹⁸²⁷, les exigences quant à l'originalité¹⁸²⁸ ou à

¹⁸²⁴ Concernant la réception et la communication (Wiedergabe) d'un programme satellite numérique. Voir à ce propos, *CJUE* : GRUR Int.2011, 1063, Rn.170 – *Football Association Premier League*.

¹⁸²⁵ Voir à ce sujet la jurisprudence suivante : *BGH* : GRUR 1953, 299, 301 – *Lied der Wildbahn* ; J. D. HEERMA, in : Wandtke/Bullinger, § 16 Rn.4 ; U. LOEWENHEIM, in : Schricker/Loewenheim, 4. A, § 16 Rn.14 ; DREIER/SCHULZE, § 16 Rn.9 ; E. ULMER, *Urheber-und Verlagsrecht*, 3. Aufl. 1980, § 21 ; Concernant la terminologie de la reproduction au niveau de la directive InfoSoc : voir *CJUE* : GRUR 2009, 1041, Rn.48 – Infopaq/DDF et *CJUE* : GRUR Int.2011, 1063, Rn.156 – *Football Association Premier League*.

¹⁸²⁶ *BGH* : GRUR 1975, 667, 668 – *Reichswehrprozeß* ; *BGH* : GRUR 1953, 299, 301 – *Lied der Wildbahn* ; OLG Hamburg : ZUM-RD 2007, 59, 67 – *Krankenhäuser*.

¹⁸²⁷ En Allemand: *Kleine Münze*.

¹⁸²⁸ Selon le vocabulaire employé en France.

l'individualité¹⁸²⁹ ne sont pas très élevées¹⁸³⁰. C'est pourquoi il suffit de quelques secondes d'extraits de films¹⁸³¹ ou quelques tonalités de musique dans le but de satisfaire l'exigence d'originalité permettant de constater l'existence d'une reproduction.

Une telle application du droit de reproduction ne fait pas l'unanimité. Cependant, une œuvre peut très bien n'être reproduite que par petits paquets successifs, qui mis bout à bout permettent pourtant de reproduire ladite œuvre dans son ensemble¹⁸³². Par conséquent, il est nécessaire de tenir compte du caractère successif et chronologique des reproductions éphémères. Néanmoins, il faut noter qu'une telle approche est difficilement compatible avec la jurisprudence européenne. Comme le souligne le *BGH* dans son arrêt *Le Corbusier*¹⁸³³, les directives de l'*InfoSoc* garantissant une harmonisation „a maxima“¹⁸³⁴ ne peuvent être dépassées par les Etats membres. Par conséquent, une approche fonctionnelle telle que proposée ci-dessus n'est pas compatible avec l'esprit de l'art. 2 de la directive *InfoSoc*¹⁸³⁵. A ce sujet, la *CJUE* a par exemple considéré dans ses arrêts *Football Association Premier League*¹⁸³⁶, et *Infopaq*¹⁸³⁷ qu'une reproduction n'existe au sens de l'art. 2 lit. a de la directive *InfoSoc* que dans le cas où les parties d'œuvres reproduites constituent en elles-mêmes, déjà, une création personnelle intellectuelle protégeable par le droit d'auteur.

Droit de reproduction et droits voisins

Le droit de reproduction s'applique souvent aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et aux entreprises de communication audiovisuelles et des artistes interprètes.

(i) Droit de reproduction et producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes

En droit allemand, la Cour fédérale de justice a considéré dans l'arrêt *Metall auf Metall*¹⁸³⁸ que la simple reprise de morceaux de *son* – il s'agit d'un morceau de deux secondes d'une séquence de rythme, d'un enregistrement du groupe « Kraftwerk » datant de l'année 1977 – constitue une atteinte au droit voisin du producteur de phonogrammes selon l'art. 85 Abs.1 S.1 UrhG, sans que la protection potentielle de cette séquence soit déterminante. En effet, l'objet de ce droit voisin en droit allemand est l'amortissement des investissements économiques du producteur de phonogrammes. Peu importe la qualité et la quantité de l'extrait repris. C'est pourquoi, la fixation de toute partie de l'œuvre, même petite, constitue

¹⁸²⁹ Selon le vocabulaire employé en Allemagne.

¹⁸³⁰ Voir en Allemagne par exemple, *BGH* : GRUR 1995, 581, 582 – *Silberdistel* ; *BGH* : GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada* ; *BGH* : GRUR 1968, 321, 324 – *Haselnuß*.

¹⁸³¹ Voir par exemple, OLG Hamburg : GRUR 1997, 822, 825 – *Edgar-Wallace-Film*.

¹⁸³² Voir par exemple: Th. BUSCH : GRUR 2011, 496, 499f. ; En ce sens, voir aussi, M. WALTER, in : Walter (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht*, 2001, Info-RL Rn.109 ; Th. DREYER, in : Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 16 Rn.30, § 44a Rn.13 ; DREIER/SCHULZE UrhG, 3. Aufl. 2008, § 16 Rn.12 (zur parallelen Problematik beim Routing von Daten).

¹⁸³³ Voir *BGH* : GRUR 2009, 840, Rn.19 – *Le Corbusier-Möbel II*.

¹⁸³⁴ Critiquant une telle approche : voir J. EICHELBERGER, *Das urheberrechtliche Verbreitungsrecht* (§ 17 abs.1 UrhG) nach den Entscheidungen *CJUE* – Peek&Cloppenburg/Cassina und *BGH* – *Le Corbusier-Möbel II* : ZGE 2011, p. 403, 416 ff. Voir aussi M. STIEPER, *Import von Nachbildungen geschützter Designermöbel als Verletzung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts* : ZGE 2011, p. 227, 223 ff.

¹⁸³⁵ Voir M. STIEPER, *Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung. Urheberrechtliche Bewertung des streamings vor dem Hintergrund des CJUE-Urteils in Sachen FAPL/Murphy* : MMR 2012, 12, 14.

¹⁸³⁶ *CJUE* : GRUR Int. 2011, 1063, Rn. 155f. – *Football Association Premier League*.

¹⁸³⁷ *CJUE* : GRUR 2009, 1041, Rn.37 ff. – *Infopaq/DDF*.

¹⁸³⁸ *BGH* : GRUR 2009, 403, Rn.14 – *Metall auf Metall* ; DREIER/SCHULZE, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 85 Rn.25.

une reproduction selon le droit voisin des producteurs de phonogrammes. Il en va de même pour les droits voisins des producteurs de vidéogrammes prévus aux articles 94, 95 UrhG. A partir du moment, où lors de l'utilisation de la technique du *streaming*, les droits voisins des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes ont vocation à s'appliquer, le simple enregistrement de petites séquences constitue une atteinte au droit de reproduction !

- (ii) Droit de reproduction des entreprises de communication audiovisuelles et des artistes interprètes

Les conditions à remplir dans le but de porter atteinte au droit de reproduction des entreprises de communication audiovisuelle et des artistes interprètes sont plus sévères. Ainsi, les images prises de manière isolée ou des sons¹⁸³⁹ ne constituent pas des reproductions puisqu'une protection isolée des photographies au sens de l'art. 87 al.1 Nr.2 UrhG serait alors obsolète.

Pour conclure, les enregistrements techniques inévitables de morceaux d'œuvres, lors de la consultation d'une œuvre sous la forme d'un *streaming* portent généralement atteinte aux droits de reproduction des auteurs et des titulaires de droits voisins [et doivent donc faire l'objet d'une autorisation par l'ayant droit]. Dès lors que ces reproductions permettent une utilisation finale privée de l'œuvre par l'utilisateur-consommateur, il faut vérifier si l'atteinte au droit de reproduction n'est pas immunisée par le jeu des exceptions. La suite des développements permet d'identifier principalement l'application de l'exception de copie privée tout comme de l'exception de reproduction provisoire.

Par conséquent, même en l'absence de diffusions *d'exemplaires* fixant matériellement l'œuvre, il y a néanmoins bien application du droit de reproduction dans le cadre de la consultation d'une œuvre par le biais du *streaming*. Pourtant, il est difficile de reconnaître l'existence d'un exemplaire d'une œuvre lors de la visualisation par le biais du *streaming* puisque l'on ne peut pas véritablement considérer que le public entre en relation avec l'œuvre par la médiation d'un support sur lequel l'œuvre entière est fixée. De plus, loin de vouloir „posséder l'œuvre“ (en allemand, „haben“), l'utilisateur ne souhaite que consommer cette œuvre (en allemand, „nutzen“)¹⁸⁴⁰. La dimension publique, telle qu'elle est prévue par l'art. L. 122-3 CPI en droit français n'a pas lieu d'être, puisque la consultation d'une œuvre en *streaming* se fait généralement (mais pas nécessairement) dans le cercle de famille. Une autre raison selon laquelle ce débat lié à la qualification juridique des actes d'utilisation recourant à la technique du *streaming* est rarement mené en France, est certainement due à la conception globale de la notion de représentation, ne distinguant pas explicitement la télédiffusion de point à multipoint d'une simple mise à disposition. En effet, seule la mise à disposition d'une œuvre par un fournisseur permet d'envisager un acte de reproduction par l'internaute consommateur, puisque généralement, la télédiffusion entraîne une libre réception des œuvres par le consommateur-utilisateur ne relevant pas du droit d'auteur.

Considérer que la consultation d'une œuvre par *streaming* constitue une reproduction pose la question de la pertinence d'une *summa divisio*, puisqu'un même acte d'exploitation d'une œuvre recourant à la technique du *streaming* peut recevoir une qualification juridique différente selon la perspective de cette qualification.

¹⁸³⁹ DREIER/SCHULZE, § 87 Rn.12 ; J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, 4. A, § 87 Rn.29.

¹⁸⁴⁰ Th. DREIER/M. LEISTNER, *Urheberrecht im internet : die Forschungsherausforderungen* : GRUR 2013, 881 s.

D'autres exemples permettent d'illustrer les difficultés liées à l'application de la *summa divisio* attachée à une exploitation corporelle d'une part et à une exploitation incorporelle d'autre part.

B- Services push

Les services *push* sont des transmissions *online* d'œuvres auxquelles procède un prestataire à un moment donné, choisi et contrôlé par lui. Les œuvres sont transmises automatiquement après une seule commande par le consommateur, à des intervalles de temps déterminés, à partir d'un serveur vers le terminal, c'est-à-dire l'ordinateur, le portable ou la tablette du consommateur¹⁸⁴¹. Il existe plusieurs formes de service *push*, mais la caractéristique commune de ces services est la transmission *individuelle* des œuvres par un prestataire à un consommateur/utilisateur choisi, se distinguant ainsi d'un service *pull* où le client ouvre le dialogue, et *tire* vers lui, à sa demande, l'information. Le spectre des offres varie entre une absence de personnalisation des contenus, et des contenus entièrement personnalisables¹⁸⁴². Par exemple, un internaute peut ne s'intéresser qu'à l'actualité dans le domaine politique ou économique, et refuser de recevoir des *newsletter* concernant la culture, ou le sport. De plus, certains *podcasts*, et certains journaux *online* sont souvent proposés aux abonnés par le biais de services *push*¹⁸⁴³. Cette forme de transmission doit-elle être qualifiée de télédiffusion au sens de l'art. 20 UrhG ou de mise à disposition au sens de l'art. 19 a UrhG ? Les services *push* constituent-ils une forme de communication au public *inconnue* au sens de l'art. 15 al. 2 de la loi sur le droit d'auteur allemand¹⁸⁴⁴ ou une *distribution online*¹⁸⁴⁵ ? Cette technique entraîne-t-elle la reproduction des œuvres ? La qualification juridique par la jurisprudence et la doctrine d'un acte d'utilisation d'une œuvre utilisant cette technique ne fait pas l'unanimité¹⁸⁴⁶. Comment qualifier juridiquement ces services *push* ?

¹⁸⁴¹ M. GEY, *Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG*, Richard Booberg Verlag GmbH & Co, 2009, p. 138 et p. 150 et suiv.; A. LEUPOLD, « *Push* » und « *Narrowcasting* » im Lichte des Medien- und Urheberrechts : ZUM 1998, 99 (100) ; G. POLL, Neue internet basierte Nutzungsformen. Das Recht der Zugänglichmachung auf Abruf (§ 19a UrhG) und seine Abgrenzung zum Senderecht (§§ 20, 20 b UrhG) : GRUR 2007, 476 (481).

¹⁸⁴² A. KOOF, *Senderecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Zeitalter der Konvergenz der Medien*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 331 et suiv.

¹⁸⁴³ Voir *supra*, les précisions du chapitre préliminaire consacrées à l'exposition du procédé technique des services *push*.

¹⁸⁴⁴ H. SCHACK, *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung* : GRUR 2007, 639 (643).

¹⁸⁴⁵ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Senderecht und Recht an der öffentlichen Zugänglichmachung – Verwertungsrechte in einer sich wandelnden Medienwelt*, in *Werkvermittlung und Rechtmanagement im Zeitalter von Google und Youtube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt*, K. STERN, K.-N. PEIFER, K.-E. HAIN (éds.), Verlag C. H. Beck München 2011, p. 51 (69).

¹⁸⁴⁶ Voir les discussions liées à l'incertitude de la qualification juridique des services *Push*, après la transposition de la directive *InfoSoc* : S. BECHTOLD, *Multimedia und Urheberrecht – einige grundsätzliche Anmerkungen* : GRUR 1998, 18 (25) ; G. SPINDLER, *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft* : GRUR 2002, 105 (108).

1- Une exploitation sous forme incorporelle ?

Dès lors qu'il y a une unité de temps lors la transmission d'un même contenu à une pluralité de personnes par le biais des services *push*, certains auteurs qualifient cet acte de télédiffusion au sens de l'art. 20 UrhG¹⁸⁴⁷. Les utilisateurs ne doivent pas nécessairement consulter les œuvres au même moment¹⁸⁴⁸ : seule suffit la possibilité de réceptionner les œuvres au même moment. Concrètement, ces services peuvent prendre la forme d'une « retransmission » télévisuelle par une chaîne payante sous forme cryptée (*Pay-TVs*), ou alors, de « listes-mail », qui transmettent une œuvre au même moment par le biais de la liste de diffusion, à une pluralité de personne. Les *push-Videopodcast* ou les *offres push-video-on-demand* proposées par certaines personnalités politiques constituent un autre exemple. Ainsi, un *podcast* d'Angela Merkel peut être transmis chaque samedi (unité de temps) par mail aux internautes qui se sont abonnés à ce service¹⁸⁴⁹. Dans ce contexte, la terminologie de *video-on-demand* est inappropriée, puisque la technique des services *push* s'oppose justement au fonctionnement des services *pull*. Une qualification au sens de l'art. 20 UrhG est motivée par le fait que le récepteur c'est-à-dire le client, ne peut choisir le moment de la réception de l'œuvre¹⁸⁵⁰. Puisque ce n'est pas le client, mais bien le fournisseur qui détermine *in fine* le moment de la transmission de l'œuvre¹⁸⁵¹, on ne peut considérer que ces transmissions relèvent du droit de mise à disposition au sens de l'art. 19 a UrhG. D'autres auteurs soutiennent au contraire l'application de l'art. 19 a UrhG¹⁸⁵², en soulignant que le service *push* se distingue très clairement d'une télédiffusion classique au sens de l'art. 20 UrhG, en raison de l'absence d'une séquence de programme linéaire¹⁸⁵³. La qualification juridique d'un service *push* n'ayant encore fait l'objet d'aucune décision judiciaire, ni en France ni outre-Rhin, suscite des controverses particulièrement virulentes en Allemagne¹⁸⁵⁴, notamment depuis la transposition de l'art. 19a UrhG en 2003 dans la loi allemande sur le droit d'auteur.

Cependant, l'unité de temps ne caractérise pas toutes les transmissions de services *push* et la transmission à un public d'une même œuvre à un même moment est plutôt rare. Plus fréquentes sont les transmissions d'un contenu personnalisé, à des moments différents. Le service *push* permet alors la transmission d'œuvres en tenant compte de critères de sélection définis par l'internaute/consommateur. Le fournisseur tient compte des choix de son client et

¹⁸⁴⁷ W. BULLINGER in : Wandtke/Bullinger, § 19a n° 30 ; Th. DREIER in : Dreier/Schulze, § 19a n° 10, § 20, n° 16 ; G. DREYER in : Dreyer/Kotthof/Meckel, § 20, n° 24 ; Th. HOEREN in : Loewenheim/Hoeren, § 21, n° 23 ; A. KLETT, *Urheberrecht im internet aus deutscher und amerikanischer Sicht*, 1998, S-86 et suiv. ; KOCH : GRUR 1997, 417 (421, 424) ; VÖLKER, in : Ensthaler/Bosch/Völker, Hdb. Urheberrecht und internet, 2002, S.180 f. ; POLL : GRUR 2007, 476 (481) ; LEUPOLD : ZUM 1998, 99 (106 f.) ; SCHACK : GRUR 2007, 639 (643) ; J. v. UNGERN-STERNBERG, *Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht*, Bd. 104, S.51 (69).

¹⁸⁴⁸ M. GEY, *Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG*, Richard Booberg Verlag GmbH & Co KG, 2009, p. 150 et suiv.

¹⁸⁴⁹ Voir notamment O. CASTENDYK, FS Loewenheim, p. 31(44).

¹⁸⁵⁰ Th. HOEREN, in : Loewenheim, § 21, n° 63.

¹⁸⁵¹ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker, § 20 n° 48 ; W. BULLINGER, in : Wandtke/Bullinger, § 19a n° 30 ; Th. HOEREN, in : Loewenheim, § 21 n° 63.

¹⁸⁵² O. CASTENDYK, FS Loewenheim, p. 31 (44) ; M. WALTER, *Europäisches Urheberrecht*, Info-RL, n° 88 ; N. P. FLECHSIG, *EU-Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft* : ZUM 1998, 139 (144) ; Th. HOEREN, in : Loewenheim, § 21, n° 63.

¹⁸⁵³ O. CASTENDYK, FS Loewenheim, p. 31 (44).

¹⁸⁵⁴ Au sujet de l'application de l'article 19a UrhG, voir notamment Th. DREIER/G. NOLTE, *La transposition de la directive en droit d'auteur allemand : la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information : PI*, nouvelles de l'étranger, janvier 2004, n°10, p. 576 et suiv. (578).

transmet les œuvres souhaitées. Dans le cadre de l'abonnement à une *newsletter*, le client peut par exemple choisir de ne recevoir des informations qu'à propos de thèmes relatifs à la politique et non à l'actualité culturelle par exemple. Il semble que les modèles d'affaires utilisant la technique *push* et ayant la particularité de transmettre du contenu individualisé, ne relèvent ni du droit de télédiffusion de point à multipoint au sens de l'art. 20 UrhG, ni du droit de mise à disposition au sens de l'art. 19 a UrhG. C'est pourquoi un auteur propose de mettre en balance et de peser les caractéristiques de l'acte d'utilisation d'une œuvre par le biais des technologies *push*, en les comparant avec les caractéristiques typiques et propres au droit de télédiffusion au sens de l'art. 20 UrhG ou au droit de mise à disposition au sens de l'art. 19a UrhG. Après une analyse minutieuse, M. Koof se prononce finalement en faveur de l'application de l'art. 20 UrhG¹⁸⁵⁵. Il s'agit donc d'une appréciation au cas par cas, ne contribuant aucunement à clarifier les choses sur le plan dogmatique ni à accroître la sécurité juridique. D'autres auteurs qualifient cette transmission *push* comme relevant d'un droit d'exploitation *inconnu* de communication au public¹⁸⁵⁶.

Néanmoins, M. Schack ne partage pas cet avis, car selon lui, la transmission individuelle d'un contenu personnalisé ne présente pas de caractère public¹⁸⁵⁷. Ne peut-on pas considérer que la personne à laquelle est destinée la transmission de l'œuvre ne constitue qu'un membre du public ? A l'encontre de cet argument, on peut souligner le fait que l'offre *push*, lorsqu'elle est individualisée, a spécifiquement été conçue pour un consommateur précis. C'est le cas par exemple d'une radio *online* personnalisée. A première vue, il s'agit bien d'une transmission de point à point, n'incluant pas de dimension publique (et ne relevant donc vraisemblablement même pas du droit d'auteur). Néanmoins, ce n'est pas ce qui caractérise fondamentalement ce service. En amont de la transmission individuelle, on peut en effet constater qu'une offre a été faite à un public. C'est bien cette offre à un public en amont de la transmission qui permet de distinguer un acte d'exploitation d'une œuvre d'une simple communication « individuelle » entre deux personnes¹⁸⁵⁸. Un acte d'utilisation d'une œuvre à l'aide de technologies *push* peut donc très bien s'analyser comme une forme inconnue de communication au public. On peut émettre l'hypothèse selon laquelle les services *push* seraient vraisemblablement qualifiés de représentation au sens de l'art. L.122-2 *CPI* en droit français. D'autres auteurs préfèrent employer la terminologie de *distribution-online*¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁵⁵ A. KOOF, *Senderecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Zeitalter der Konvergenz der Medien*, Mohr Siebeck Tübingen, 2005, p. 338.

¹⁸⁵⁶ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : Schricker/Loewenheim, § 20, n° 48 ; M. GRÜTZMACHER, in : Wandtke/Bullinger, § 69c n° 51, M. SCHWARZ, *Klassische Nutzungsrechte und Lizenzrechte bzw. Rückbehalt von internet-Rechten* : ZUM 2000, 816 (827 f.) ; H. SCHACK, *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung* : GRUR 2007, 639 (643 f.).

¹⁸⁵⁷ H. SCHACK, *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung* : GRUR 2007, 639 (643).

¹⁸⁵⁸ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Senderecht und Recht an der öffentlichen Zugänglichmachung – Verwertungsrechte in einer sich wandelnden Medienwelt*, in *Werkvermittlung und Rechtmanagement im Zeitalter von Google und Youtube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt*, K. STERN, K.-N. PEIFER, K.-E. HAIN (éds.), Verlag C. H. Beck München 2011, p. 51 (66).

¹⁸⁵⁹ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Senderecht und Recht an der öffentlichen Zugänglichmachung – Verwertungsrechte in einer sich wandelnden Medienwelt*, in *Werkvermittlung und Rechtmanagement im Zeitalter von Google und Youtube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt*, K. Stern, K.-N. Peifer, K.-E. Hain (éds.), Verlag C. H. Beck München 2011, p. 51 (69).

2- Une exploitation sous forme corporelle ?

Selon M. von Ungern-Sternberg en effet, l'absence de la reconnaissance d'un droit de distribution *online*, signale une lacune dans la loi allemande. Or, le législateur cherchait précisément à éviter une telle lacune, en reconnaissant un large droit d'exploitation.

Les services *push* mettent-ils en jeu le droit de distribution, au sens traditionnel ? Selon M. Heerma, les transmissions *push* peuvent s'analyser comme une distribution selon l'art. 17 UrhG, puisque le client récepteur détient une copie durable de l'œuvre transmise et que cet exemplaire de l'œuvre constitue une reproduction¹⁸⁶⁰. Bien que l'acceptation traditionnelle du droit de distribution n'a pour objet que des œuvres intégrées à un support corporel/matériel¹⁸⁶¹, une même qualification juridique s'impose en raison d'une équivalence économique¹⁸⁶². A l'encontre d'une application du droit de distribution au sens de l'art. 17 al. 1 alt. 2 UrhG, on peut souligner que contrairement à la distribution *offline*, le fournisseur, dans le cadre d'un service *push* ne met pas en circulation des exemplaires de reproduction d'œuvres déjà existants, mais « seulement » la fabrication de *nouveaux* exemplaires de reproduction¹⁸⁶³.

Y-a-t-il atteinte au droit de reproduction ? Prenons l'exemple d'une œuvre ou d'un contenu personnalisé transmis sur le serveur *E-mail* d'un client/internaute. Deux actes d'utilisation de l'œuvre sont susceptibles de relever du droit de reproduction.

Premièrement, l'acte consistant à transférer et à stocker une œuvre sur le serveur d'un internaute peut s'analyser, dès lors que les conditions sont réunies, comme un acte de reproduction réalisé par le fournisseur¹⁸⁶⁴. Encore faut-il déterminer si cette reproduction ne relève pas de l'exception de reproduction provisoire au sens de l'art. 5 al. 1 de la directive *InfoSoc*. Cette éventuelle mise en œuvre du droit de reproduction au sens du droit français ou allemand peut néanmoins facilement être contournée par le libre choix de l'emplacement des serveurs à l'étranger afin d'éviter précisément l'application du droit de reproduction. La facilité technique avec laquelle le prestataire peut choisir son serveur, et donc sa localisation géographique, remet en cause la territorialité du droit d'auteur. Les difficultés liées à l'application du droit allemand et français ne font pas l'objet de ce travail de thèse, mais ont un impact sur la pertinence des méthodes de qualification juridique des actes d'utilisation des œuvres employées.

Deuxièmement, c'est le client/utilisateur qui peut être amené à réaliser lui-même un acte de reproduction dès lors qu'il « récupère » le courriel stocké dans le serveur, afin de le consulter¹⁸⁶⁵. Reste à rechercher si les conditions d'application de l'exception de copie privée au sens de l'art. 53 UrhG¹⁸⁶⁶ en droit allemand ou au sens de l'art. L. 122-5 al. 2 *CPI* en droit français sont réunies. Si tel n'est pas le cas, la reproduction de l'exemplaire de l'œuvre sur

¹⁸⁶⁰ J. D. HEERMA, in : Wandtke/Bullinger, § 17 n° 12

¹⁸⁶¹ Voir notamment : H. SCHACK, *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung* GRUR 2007, 639 (643) ; J. D. HEERMA in : Wandtke/Bullinger, § 15 n° 13.

¹⁸⁶² J. D. HEERMA, in : Wandtke/Bullinger, § 17 n° 12

¹⁸⁶³ H. SCHACK, *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung* : GRUR 2007, 639 (643).

¹⁸⁶⁴ J. HARDER, *Digitale Universitätsbibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht*, 2007, p. 141.

¹⁸⁶⁵ Voir notamment, S. HAUPT, *E-mail Versand – eine neue Nutzungsart im Urheberrechtlichen Sinn ?* : ZUM 2002, 797 (799).

¹⁸⁶⁶ H. SCHACK, *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung* : GRUR 2007, 639 (643).

l'ordinateur du client relève du droit de reproduction, auquel cas, une autorisation de l'auteur sera nécessaire.

C- internet Video Recorder

La difficile qualification juridique des actes d'utilisation d'émissions protégées enregistrées par le biais d'un magnéscope numérique en ligne entraîne une grande insécurité juridique. Alors qu'en Allemagne, le *BGH* a notamment tour à tour envisagé l'application du droit de communication au public et du droit de reproduction, on peut noter que le tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement rendu le 25 novembre 2008, n'a analysé les actes réalisés dans le cadre de ce nouveau service que sous l'angle du droit de reproduction et de ces exceptions. On verra cependant que la distinction entre une exploitation sous forme corporelle et incorporelle n'est pas si évidente, et que le tribunal de grande instance aurait très bien pu apprécier les actes de la société *Wizzgo* à l'aune du droit de représentation. D'ailleurs, l'ordonnance du 6 août 2008 rappelle que les deux chaînes éditrices de services de télévision numérique terrestre *W9* et *W6* avaient assigné en référé la société *Wizzgo* afin qu'elle cesse de reproduire et de mettre à la disposition du public (c'est-à-dire de représenter) au moyen du logiciel *lwizz* les programmes qu'elles diffusaient. Les arguments des demandeurs sont donc simples : le service proposé par *Wizzgo* porte atteinte à leurs droits, que ce soit le droit de représentation ou de reproduction. Point n'est fait de distinction. A partir du moment où en France, la défense de *Wizzgo* repose exclusivement sur l'exception de copie privée, tout comme sur les dispositions applicables aux reproductions provisoires, on peut comprendre que le *TGI*, – que ce soit dans son ordonnance de référé ou son jugement – ne perde pas de temps à analyser le nouveau modèle de la *start up* sous l'angle du droit de représentation. Il en va différemment en Allemagne.

Malgré les décisions des cours inférieures, les arrêts du *BGH*¹⁸⁶⁷ et ceux du tribunal de grande instance de Paris, la qualification juridique des actes d'utilisation pendant l'utilisation d'une telle technique n'a pas encore été arrêtée. Le *BGH* a recherché et analysé les droits d'exploitation pouvant être atteints lors d'un enregistrement de vidéos sur *internet*. En fait, le problème juridique se posait en terme d'atteinte aux droits voisins (art. 87 al. 1 UrhG). Néanmoins, comme cela ressort des développements dans les arrêts, l'argumentation du *BGH* est transposable par analogie à l'application des articles 19 a et 20 de la loi en droit d'auteur. Finalement, les décisions ont dégagé quelques principes généraux qui ont été renvoyés aux juridictions inférieures. Toutefois, en raison des différents points de vue soutenus par la jurisprudence et la doctrine, il n'y a pas encore de sécurité juridique quant aux droits mis en cause, dans le cadre d'un service *internet Video Recorder*. Les litiges d'une durée de plusieurs années à l'occasion de ce service sont un exemple emblématique de l'insécurité juridique qui règne dès lors qu'il s'agit de qualifier juridiquement en terme d'exploitation, un acte d'utilisation d'une œuvre.

¹⁸⁶⁷ *BGH* : GRUR 2009, 845 – *internet-Videorecorder* (zu *shift.tv*) ; *BGH* : ZUM-RD 2009, 508– *shift.tv* ; *BGH* : ZUM 2009, 765 – *save.tv* ; *BGH* GRUR 2013, 618 – *internet-Videorecorder II* ; *BGH* : ZUM-RD 2013, 314– *save.tv* ; *BGH*, Urt.v. 11.04.2013, I ZR 153/11– *shift.tv* ; OLG Dresden : ZUM 2011, 913 – *save.tv* ; OLG München : ZUM 2011, 167 ; OLG Köln : ZUM 2006, 143 ; LG München I : ZUM 2012, 1003 ; LG Leipzig : GRUR-RR 2007, 143 ; LG München I : ZUM 2006, 583 ; LG Leipzig : ZUM 2006, 662 ; LG Leipzig : ZUM 2006, 763 ; LG Köln : ZUM 2005, 574.

1- Analyse à l'aune du droit de communication au public

a. Analyse à l'aune du droit de mise à disposition en droit d'auteur (art. 19 a UrhG)

Considérons que c'est bien la *start-up* qui stocke les émissions protégées sur le magnétoscope personnel *online* des clients, de sorte que ces derniers puissent individuellement choisir l'endroit et le moment auxquels ils peuvent consulter l'œuvre. Peut-on dans ce cas considérer que les actes d'utilisation réalisés par la *start up* relèvent du droit de mise à disposition, c'est-à-dire d'une communication au public ? En Allemagne, une telle qualification a déjà été envisagée par plusieurs juridictions¹⁸⁶⁸. Avant d'analyser les arguments développés dans ce sens, il faut rappeler l'objet du droit de mise à disposition prévu à l'art. 19a UrhG.

Comme déjà vu dans la première partie, une œuvre est « mise à disposition » sur le *web* si elle est consultable par un public de manière interactive, à tout moment. Néanmoins, le simple fait d'offrir à un utilisateur-consommateur un accès à une œuvre, destinée à être télédiffusée par un tiers, ne constitue pas une « mise à disposition », dès lors que l'œuvre, précisément ne se trouve pas encore dans la sphère « de réception ou d'action » de l'utilisateur-consommateur¹⁸⁶⁹. Au contraire, si une œuvre est mise à disposition (au sens de *Bereitstellung*) sur le système du serveur, alors cette œuvre est rendue accessible (au sens de *Zugänglichmachen*) et peut donc être consultée par l'utilisateur. Ce qui relève de l'exploitation est précisément le fait que l'œuvre soit mise à disposition en vue d'une consultation interactive, peu importe que cette dernière soit effective et peu importe la personne à l'origine de cette consultation. A partir du moment où dans le cadre d'un service de magnétoscope en ligne, cette possibilité de consulter une œuvre de manière interactive par le biais du serveur du prestataire de service est donnée, l'œuvre est bien « rendue accessible » (au sens de *Zugänglichmachen*) par la *start-up*. En effet, et ceci n'est pas remis en cause par le *BGH* dans son arrêt du 22 avril 2009, les utilisateurs-consommateurs décident seuls du moment de la perception et de la consultation d'une œuvre.

La raison, pour laquelle une telle qualification juridique de « mise à disposition » relevant du droit de « communication au public » n'a finalement pas été retenue par le *BGH*, est l'absence d'un public auquel les émissions sont rendues accessibles. Dans l'arrêt du *BGH*, ce critère n'est pas considéré comme étant rempli, à partir du moment où chaque émission protégée n'est rendue accessible qu'à un seul utilisateur.

Peu importe que les clients ciblés par le nouveau service de magnétoscope numérique en ligne constituent un public dans leur ensemble au sens de l'art. 15 al. 3 UrhG. On ne peut pas tenir compte de l'ensemble des clients. La définition du droit de « mise à disposition » à un public de l'art. 19 a UrhG tient compte précisément de la seule mise à disposition en vue d'une éventuelle consultation par les membres d'un public au lieu et au moment de leur choix. C'est pourquoi, on ne peut considérer en l'espèce qu'une offre prévue à l'encontre d'une seule

¹⁸⁶⁸ Voir à ce sujet par exemple : OLG Köln ZUM 2006, 143 (144) ; LG Leipzig : ZUM 2006, 662 (664) ; LG Leipzig : ZUM 2006, 763 (766) ; LG München I : ZUM 2006, 583 (585) ; LG Leipzig : GRUR-RR 2007 143 (144) ; LG München I : ZUM 2012, 1003 (1007, 1009) ; OLG München, Urt. v.19.09.2013 29 U 3989/12 ; et aussi LG Braunschweig : ZUM-RD 2006, 396 (397) ; DAMM, K&R 2009, p. 577 (579) ; H. SCHACK : GRUR 2007, 639 (642) ; WAGNER, FS Raue, p. 723.

¹⁸⁶⁹ LG Braunschweig : ZUM-RD 2006, 396 (397).

personne prise individuellement (à cause du caractère personnel du service de magnétoscope en ligne) constitue une exploitation envers un public. En effet, au moment de l'offre, l'œuvre ne se situe pas dans la zone d'accès (en allemand, *Zugriffssphäre*) d'un public. A partir du moment où la *start up* ne transmet que des émissions à l'espace de stockage individuelle du magnétoscope numérique, la *start up* ne met pas les œuvres protégées à la disposition d'un public. *In fine*, ces œuvres ne peuvent pas être consultées par un public. Une telle approche est néanmoins controversée.

De nombreuses juridictions en Allemagne ont soutenu et soutiennent toujours un point de vue différent et considèrent que le service de magnétoscope en ligne permet bien une « mise à disposition » au public (*öffentliche Zugänglichmachung*) telle que prévue à l'art. 19 a UrhG. En effet, dès lors que l'offre proposée par ce service numérique en ligne est destinée d'une manière générale à un public, toute personne ayant accès à *internet* peut potentiellement devenir le client d'un tel service. Une telle approche met l'accent sur la vision unitaire de l'acte d'exploitation en question. Il s'agit d'une approche englobante. C'est pourquoi il a été considéré qu'il fallait prendre en compte la totalité des bénéficiaires de ce service, à partir du moment où l'offre qui consiste à proposer une consultation interactive de l'œuvre et le stockage ou l'enregistrement de l'œuvre peuvent très bien former un seul acte d'exploitation. Peu importe alors que la mise à disposition, ici au sens littéral du terme, de la part du prestataire de service se fasse effectivement au niveau des zones de stockage personnelles et individuelles. En effet, le caractère public d'une communication est indépendant de savoir si le prestataire de service propose une reproduction (*Vervielfältigungsstück*) de l'émission à tous ou de nombreuses reproductions à une personne déterminée. La qualification juridique d'un acte d'utilisation ne peut pas dépendre du volume ou de la capacité de mémoire que le prestataire est prêt à consacrer pour le fonctionnement de son modèle d'affaires. Selon un point de vue économique, on peut très bien argumenter qu'il y a communication au public à partir du moment où le modèle d'affaires a pour but l'atteinte d'un public. En raison de l'absence de liens personnels entre les clients du service de magnétoscope en ligne, rien n'empêche la reconnaissance du caractère public des actes de la *start up*.

Il est intéressant de constater que la qualification juridique des actes d'utilisation des œuvres réalisés dans le cadre de l'utilisation d'un service de magnétoscope en ligne peut très bien s'analyser aussi sous l'angle du droit de mise à disposition, c'est-à-dire d'un point de vue français, sous l'angle du droit de représentation.

b- Analyse à l'aune du droit de télédiffusion de point à multipoint (art. 20 UrhG)

Dans le même sens, le *BGH* a considéré que les actes d'utilisation constituent une atteinte au droit de représentation, et de manière plus précise, au droit de télédiffusion de point à multipoint selon l'art. 20 UrhG. Plus exactement encore, il faut analyser si les actes d'utilisation des émissions protégées de la part de la *start up* portent atteinte au droit de représentation secondaire (*Weitersenderecht*) tel qu'il est prévu en Allemagne à l'art. 87 al. 1 Nr. 1 UrhG, dès lors que les utilisateurs auxquels ce service est destiné constituent dans leur ensemble, un public au sens de l'art. 15 al. 3 UrhG. A partir du moment où la représentation secondaire s'inscrit dans le prolongement d'une représentation primaire, il n'est pas surprenant que la représentation secondaire saisisse les émissions de la représentation primaire dans leur intégralité, de manière simultanée et inchangée. En l'espèce, le *BGH*, tout comme le tribunal

de première instance de Cologne¹⁸⁷⁰ considèrent que le service de magnétoscope numérique porte atteinte au droit de représentation secondaire, en raison de la conduite des « signaux réceptionnés » vers les espaces de stockage personnalisés. A supposer que les espaces de stockage personnalisés relèvent bien de la sphère de l'utilisateur-consommateur, on peut très bien considérer que ces unités de stockage des utilisateurs correspondent en fait, dans leur fonction à des appareils de réception, par analogie à la télédiffusion analogique. On peut même aller plus loin et oser une analogie avec la représentation secondaire dans le cas de la télédiffusion ou de la radiodiffusion d'œuvre ou d'émission dans les chambres d'un hôtel.

Dans le cas de la représentation secondaire, le flux de données ne s'effectue pas exactement au même moment qu'au niveau de la représentation primaire en raison précisément du traitement des données. Ce qui importe est plutôt la retransmission des signaux sur les espaces de stockage personnalisés, afin que ces derniers puissent être consultés par la suite par un utilisateur. On peut même considérer que l'unité de temps est conservée, à partir du moment où, dès lors que les signaux sont réceptionnés par la *start up*, ces mêmes signaux sont directement dirigés vers l'espace de stockage personnalisé de l'utilisateur-consommateur. Le plus important est le trajet du signal depuis l'unité de réception de la *start up* à l'espace de stockage. Il suffit alors que l'émission soit perçue par le biais d'une intervention de la *start up*.

Comme dans le cadre de la mise à disposition, considérer que l'acte d'utilisation de la *start up* s'analyse en une télédiffusion de point à multipoint revient à rechercher s'il y a un public. Or dans le cas d'une télédiffusion de point à multipoint (*contrairement à une simple mise à disposition*), l'existence ou non d'un public s'apprécie en réalisant un jugement de valeur et non en tenant compte d'éléments techniques. Ce qui est décisif est la conception (*Ausgestaltung*) de chaque offre. En fait, la retransmission vers les espaces de stockage personnels de l'utilisateur constitue une communication au public, puisqu'à travers ces espaces de stockage, l'œuvre est mise à disposition à une pluralité de personnes constituant un public. Cette télédiffusion permet d'atteindre environ 10 à 100 personnes, qui ne sont pas liées par des relations personnelles entre-elles. En tant qu'utilisateurs finaux, les utilisateurs constituent un public. Il s'agit bien ici d'une représentation secondaire, à partir du moment où la *start up* ne se contente pas au plan technique de la transmission des signaux, mais met en place un dispositif de réception : elle dispose donc d'un certain contrôle sur la situation. « Le problème est donc ici technique : toute intervention dans le processus de retransmission permettant de prolonger l'émission initiale suffit-elle à déclencher l'application du droit de représentation ou faut-il exiger que l'initiative révèle une certaine maîtrise du processus¹⁸⁷¹ ? ».

2- Analyse à l'aune du droit de reproduction ?

Le modèle d'affaires de *Wizzgo* montre bien que la distinction entre un droit d'exploitation sous forme corporelle et sous forme incorporelle est inadaptée. Ce qui au moins clair, est que le modèle d'affaires entre dans l'orbite du droit d'auteur et qu'il y a atteinte à un droit exclusif. Néanmoins, les tribunaux sont partagés quant à la qualification juridique exacte d'un tel acte. Pour certains d'entre eux, le modèle d'affaires de *Wizzgo* porte atteinte au droit de communication au public¹⁸⁷². Pour d'autres, le modèle d'affaires porte atteinte au droit de reproduction, peu importe de savoir, si l'exception de copie privée ou la reproduction

¹⁸⁷⁰ LG Köln : ZUM 2005, 574 (575).

¹⁸⁷¹ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 293.

¹⁸⁷² OLG Köln, 9 sept. 2005, 6 U 90/05 : GRUR-RR 2006, 5.

provisoire est applicable¹⁸⁷³. En fait, il s'agit ici d'un problème de qualification juridique d'un procédé technique. Quelle étendue de l'acte technique doit-être prise en compte pour la qualification juridique ? On peut très bien prendre en compte une approche très globale de l'acte en question. Dans ce cas, on accorde une attention toute particulière à la fonction de l'acte. Quel est le but poursuivi par la *start up*, dès lors qu'elle propose un magnétoscope numérique en ligne ? Elle souhaite communiquer les émissions captées à un public. Tel est le cas, si le modèle d'affaires *internet Video Recorder* est considéré par analogie à une simple télédiffusion. Dans ce cas, la réception de la part de l'utilisateur-consommateur est libre et seule la *start up* porte atteinte au droit de télédiffusion. Néanmoins, et cela particulièrement dans l'affaire *internet-Video Recorder*, il n'est pas controversé que les œuvres sont bien stockées sur des plateformes individuelles. Par conséquent, l'acte de la *start up* s'analyse plutôt en une simple mise à disposition à un public potentiel. En effet, le client-utilisateur semble pouvoir choisir individuellement l'endroit et le moment de la consultation de l'émission en question. Contrairement à la situation dans laquelle il y a télédiffusion, on ne considère pas l'existence d'une réception libre par les utilisateurs dans le cas d'une mise à disposition. A partir du moment où l'utilisateur se comporte de manière interactive, la question se pose de savoir si les actes de l'utilisateur relèvent du droit de reproduction ou ne concernent que la simple consultation intellectuelle d'une œuvre, auquel cas le droit d'auteur ne s'applique pas. Or, ce n'est pas la qualification d'un même modèle d'affaires sous différentes perspectives qui remet en cause la *summa divisio*. Les développements précédents entraînent, dès lors que l'on se place du point de vue de la *start up*, que l'acte d'utilisation des œuvres est une communication au public et, se plaçant du côté de l'utilisateur final, que les actes d'utilisation concernent le droit de reproduction. Ce qui en l'espèce pose la question du bien fondé de la *summa divisio*, est que l'acte même de la *start up* peut s'analyser sous l'angle de la communication au public et sous l'angle du droit de reproduction. A côté d'une approche fonctionnelle, on peut également avoir une approche plus technique, et considérer que l'acte réalisé par la *start up* constitue une reproduction. On peut donc dire que la *start up* ne porte pas atteinte au droit de communication au public, mais seulement au droit de reproduction.

Tel est le cas en France. Au-delà de la question de savoir qui, de l'utilisateur-consommateur ou de la *start up*, réalise l'acte de stockage des œuvres sur l'espace personnel et, avant de s'attarder sur la mise en œuvre ou non d'une exception au droit de reproduction, il faut rechercher si les critères de distinction entre le droit de représentation et le droit de reproduction sont pertinents. Peut-on considérer que le fait de stocker des œuvres dans un espace personnel constitue une reproduction ? Selon la définition classique du droit de reproduction tenant compte du rôle du support, le public n'entre en relation avec l'œuvre que par la médiation du support sur lequel l'œuvre a été fixée. Il semble indiscutable que le stockage d'une œuvre sur un espace personnel constitue bien une reproduction. Néanmoins, en tenant compte du critère dégagé par M. Pignatari, on peut se poser des questions. Selon M. Pignatari, ce qui permet de distinguer un acte de reproduction d'un acte de représentation, est le transfert de propriété du support immatériel ou matériel dans le cas d'une reproduction. Est-ce le cas dans le cadre d'un modèle d'affaires *internet-Videorecorder* ? A qui appartient l'espace de stockage ? Peut-on considérer que l'espace de stockage pourtant mis à disposition par la *start up*, appartient à l'utilisateur-consommateur ? Le même type de question se pose dès lors que des œuvres sont *streamées* à partir du *cloud* etc... Ce critère « propriétaire » ne semble pas très adapté au monde numérique, puisqu'aujourd'hui on n'est plus nécessairement propriétaire d'une œuvre, mais on ne fait que consulter une œuvre, stockée dans un espace de stockage personnel ou non, par le biais du *streaming*, par exemple. Qui est propriétaire de ce support ? Les intermédiaires techniques ?

¹⁸⁷³ OLG Dresden, 5 déc. 2006, 14 U 1735/06 : GRUR-RR 2007, 138 ; LG Leipzig, 4 août 2006, 5 O 1058/06 : GRUR-RR 2007, 143 ; LG Braunschweig, 7 juin 2006, 9 O 869/06 : ZUM-RD 2006, 396.

D- Hyperliens et Google image

L'inadaptation de la distinction entre un droit de reproduction sous forme corporelle et un droit de représentation sous forme incorporelle est également vérifiable dès lors qu'il s'agit d'analyser juridiquement les opérations de référencement.

Dans les développements suivants, les opérations de référencement relatives aux contenus protégés ne sont analysées que sous l'angle du droit de la propriété intellectuelle. L'absence éventuelle d'un acte matériel de contrefaçon lors d'une opération de référencement ne sera envisagée que dans le chapitre suivant. Par ailleurs, on se contentera d'envisager ci-après l'application du droit de reproduction ou du droit de représentation, alors que les opérations de référencement pourraient très bien aussi être qualifiées sous l'angle d'un droit *sui generis*. Force est de constater que du point de vue de la propriété littéraire et artistique, la qualification des opérations de référencement ne connaît pas de réponse juridique claire et univoque.

Que ce soit en Allemagne ou en France, la jurisprudence, n'est pas encore intervenue de manière décisive pour préciser les règles applicables et la doctrine est partagée. La jurisprudence européenne n'a envisagé la qualification juridique de la pose d'un lien ou d'un *frame* qu'à l'aune du droit de communication au public. Cependant, le juge national et le juge de l'Union n'adoptent pas les mêmes réponses, puisque les juges nationaux envisagent aussi la mise en œuvre du droit de reproduction.

Pour des soucis de clarté, on va envisager les opérations de référencements de manière générale (1) avant d'analyser l'exemple particulier d'opérations de référencement réalisés par Google (2).

1- Qualification juridique d'opérations de référencement portant sur des œuvres autre que des images

Dans les développements suivants, le référencement est tout aussi bien à comprendre dans le sens d'un *frame* que dans le sens d'un lien¹⁸⁷⁴.

a- Organisation d'un référencement: une communication au public ?

Analysé ici de manière détaillée dans la première partie, la pose d'un hyperlien est considérée dans l'affaire *Svensson*¹⁸⁷⁵ comme un acte de communication au public¹⁸⁷⁶, mais „échappe au contrôle des auteurs en l'absence d'un nouveau public“¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁷⁴ Voir la définition au *chapitre préliminaire*.

¹⁸⁷⁵ CJUE, 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson*.

¹⁸⁷⁶ Arrêt *Svensson*, n° 23.

¹⁸⁷⁷ S. DUSOLLIER, *Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication*, Revue du Droit des Technologies de l'Information, R.D.T.I., n°54, avril 2014, p. 49 et suiv. (p. 49).

A première vue, la pose d'un lien ne relève pas du droit exclusif de communication au public. Néanmoins, des limites doivent être mentionnées. Seul le lien hypertexte qui ne contourne aucun mécanisme de restriction¹⁸⁷⁸ à l'accès à un contenu et qui permet simplement de renvoyer vers des contenus libres d'accès en ligne peut être librement établi, sans contrôle par le titulaire du droit d'auteur¹⁸⁷⁹. A *contrario*, la simple pose d'un lien nécessite-t-elle l'autorisation du ou des titulaires du droit d'auteur ? Les contenus libres d'accès peuvent-ils aussi avoir été mis en ligne sans l'autorisation du titulaire de droit ? L'arrêt *Svensson* est ambigu et pose plus de questions qu'il ne donne de réponses. L'arrêt *Bestwater* de la CJUE, consacré à la pose des hyperliens de cadrage, c'est-à-dire à des *frames* qui donnent l'impression à l'internaute qui va cliquer sur le cadre ou l'image importé qu'il n'a pas changé de site, n'apporte pas de précisions complémentaires. Sans surprise la CJUE considère que „la technique particulière de ce lien ne change pas la nature de la communication sur le fondement du droit d'auteur“¹⁸⁸⁰. Par conséquent, la pose d'un lien, dans l'affaire *Bestwater* ne constitue pas une communication au public. Lié par l'argumentation de la CJUE, le BGH a simplement réceptionné l'arrêt de la CJUE. Les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, présentées le 7 avril 2015, dans l'affaire *GS Media BV contre Sanoma Media*¹⁸⁸¹ précisent que l'art. 3, paragraphe 1, de la directive *InfoSoc* „doit être interprété en ce sens qu'il ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, le placement sur un site *internet* d'un hyperlien vers un autre site *internet* sur lequel des œuvres protégées par le droit d'auteur sont librement accessibles au public sans l'autorisation du titulaire de droit d'auteur“¹⁸⁸². La liberté de lier des contenus, sans aucune restriction, est retenue à l'échelle européenne¹⁸⁸³, au point où certains auteurs se demandent si le droit d'auteur a encore un rôle à jouer dans un monde numérique *online*¹⁸⁸⁴. Bien sûr, la jurisprudence nationale que ce soit en France ou en Allemagne s'était montrée plus nuancée et avait souvent retenu une responsabilité attachée à la mise à disposition d'hyperliens¹⁸⁸⁵. Or comme le souligne le rapport de l'ALAI, la juridiction nationale doit suivre les arrêts de la CJUE¹⁸⁸⁶.

b- Organisation d'un référencement : une reproduction ?

En posant un lien – au sens large – ou un *frame* se heurte-t-on au droit de reproduction du titulaire de droits intellectuels sur le contenu ?

¹⁸⁷⁸ Qui contrairement à la réponse du groupe français au questionnaire pour le congrès de l'ALAI 2014 à Bonn, ne concerne pas uniquement les mécanismes techniques de restriction d'accès à un contenu, mais peuvent aussi s'entendre comme des mécanismes contractuels de restriction.

¹⁸⁷⁹ Arrêt *Svensson*, n° 30 et 31.

¹⁸⁸⁰ J.-M. BRUGUIERE, *Liens hypertextes – Framing– Communication au public (non)* : PI, janvier 2015, n°54, p.52 et suiv. (52).

¹⁸⁸¹ Conclusions de l'avocat général M. Melchior Wathelet, présentées le 7 avril 2016, affaire C-160/15, *GS Media BV contre Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Entreprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*.

¹⁸⁸² Conclusions de l'avocat général Melchior WATHELET, n° 88.

¹⁸⁸³ CJUE 8 sept. 2016. C160/15.

¹⁸⁸⁴ Voir rapport du CSPLA.

¹⁸⁸⁵ Voir notamment, Cass. Civ. 1re, 12 juill. 2012, *Bull. Civ. I*, n°166.

¹⁸⁸⁶ N. BINCTIN, *Questions quant à l'étendue et à la mise en oeuvre des droits exclusifs en droit positif*, in *Réponse du groupe français au questionnaire pour le congrès de l'ALAI 2015 à Bonn, la rémunération de l'utilisation des oeuvres*, p. 2.

La doctrine allemande et française semble unanime sur ce point. Par principe, la pose d'un référencement n'entraîne pas l'application *directe* du droit de reproduction au sens de l'art. 16 UrhG ou de l'art. L.122-2 *CPI*. En effet, le référencement ne constitue qu'un *moyen* en vue de reproduire une œuvre et non une reproduction de celle-ci. Comme le rappelle M. Gaudrat, « le facteur d'hyperlien ne reproduit pas les pages du site cible, car il ne réalise personnellement aucune fixation, ni ne procède à aucune remise en circulation d'exemplaire corporels ». Dès lors qu'aucune *fixation* ne peut être relevée à la charge de l'opérateur, l'acte d'utilisation de l'œuvre ne peut s'analyser en une reproduction. Ainsi fut le jugement dans l'affaire *Paperboy*¹⁸⁸⁷ en Allemagne. On peut noter que dès lors qu'une juridiction française rejette comme contrefaçon la « pose » d'un lien, l'acte en question n'est analysé qu'à l'aune du droit de représentation¹⁸⁸⁸. *A priori*, la qualification de reproduction n'est donc envisageable qu'à partir du moment où le lien est activé par l'utilisateur-consommateur.

Néanmoins, il faut bien reconnaître qu'un hyperlien n'est pas comparable à une note de bas de page. On peut très bien considérer que les liens permettent à l'internaute de *reproduire* le contenu du site cible et ne constitue pas un simple outil de cheminement. En effet, l'internaute entre bien en relation avec l'œuvre par la médiation du support sur lequel elle a été fixée. Bien qu'il soit fort probable que l'application du droit de reproduction soit impossible par le jeu d'une exception, telle celle de la copie privée ou de la reproduction provisoire, il est clair que les difficultés liées à l'analyse de l'acte réalisé par l'utilisateur-internaute concernent ou non l'application du droit de reproduction. Par conséquent, certains auteurs français ont défendu l'idée suivant laquelle *la mise à disposition des moyens permettant de réaliser une reproduction* constitue en elle-même un acte de reproduction. Une telle qualification juridique de l'acte d'un poseur de liens est due à une analogie réalisée avec la qualification retenue à l'encontre des officines de photocopies. En effet, sans opérer elles-mêmes manuellement la copie, les officines de photocopies offraient au public les moyens techniques de faire ces copies et réalisaient par là-même des actes relevant du droit de reproduction. Transposé aux organisateurs de référencement, ce raisonnement permet de considérer que dès lors que les poseurs de liens offrent la possibilité à ceux qui les actionnent d'avoir un accès technique à l'œuvre, ils réalisent eux-mêmes une reproduction.

Peut-on véritablement considérer qu'un poseur de liens réalise une atteinte directe au droit de reproduction ? Aucune décision de jurisprudence n'a repris une telle argumentation. Certes, le poseur de lien fournit intentionnellement des moyens, mais ce comportement ne caractérise qu'une *complicité*, et non une atteinte directe au droit exclusif. Cette simple complicité s'explique par le fait que c'est bien l'internaute-utilisateur qui possède le contrôle sur l'acte de reproduction réalisé et non le poseur de liens.

Quatre décisions françaises peuvent être citées en exemple. Dans l'ordre chronologique, on peut tout d'abord citer le jugement du tribunal de grande instance de Saint-Etienne rendu le 6 décembre 1999, qui est venu affirmer qu'« en *reproduisant*, en diffusant et en mettant à la disposition des utilisateurs du réseau *internet* [par des hypertextes] des phonogrammes numérisés sans l'autorisation des cessionnaires des *droits de reproduction*, V.R et F.B se sont rendus coupables des délits de contrefaçon prévus par les articles L.335-2 et L.335-4 du Code pénal »¹⁸⁸⁹. On peut ici noter que le fondement de la décision n'est pas clairement établi par le

¹⁸⁸⁷ *BGH*, 17.7.2003 : GRUR 2003, 958 – *Paperboy*.

¹⁸⁸⁸ Voir par exemple en ce sens les jugements du TGI Nanterre, 1^{re} ch., 25 mars 2010 ; TGI Paris 3^{ème} ch., 18 juin 2010 ; TGI Nancy, 6 déc. 2010 : Expertises – mars 2011, p. 88 s.

¹⁸⁸⁹ TGI Saint-Etienne, jur. corr. 6 décembre 1999, *SACEM et autres c/ Roche et Battie* : CCE, juillet-août 2000, Comm. N°76, p. 26, note Ch. CARON.

juge pénal, puisqu'il est également question de « diffusion » et de « mise à disposition », deux terminologies pouvant faire penser au droit de communication au public ou au droit de représentation. Toutefois, à partir du moment où il est fort peu probable que la notion de « mise à disposition » soit à comprendre dans le sens de la traduction allemande de « *öffentliche Zugänglichmachung* » de l'art. 19 a UrhG, l'accent est plutôt mis sur l'atteinte au droit de reproduction. Le deuxième jugement du tribunal de grande instance d'Epinal a estimé, à son tour, que celui qui pose des liens hypertextes permettant d'accéder à des fichiers MP3 illicites est coupable de *contrefaçon par mise à disposition*, sur le fondement des articles L.335-3 et L.335-4 du *CPI*. Pour MRDAI. Sardain, cette décision semble davantage relever de l'infraction de « mise à disposition de reproduction contrefaisantes que de la contrefaçon par reproduction stricto sensu »¹⁸⁹⁰. Là, encore, le fondement de la décision n'est pas claire, puisque l'on peut très bien considérer qu'il y a contrefaçon pour mise à disposition à un public, dans le sens d'une contrefaçon par communication au public.

C'est de manière plus explicite que le troisième arrêt fait référence à la complicité du poseur de liens, puisqu'à propos d'un site disposant de liens renvoyant vers des sites illégaux de téléchargement, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a retenu dans un arrêt confirmatif du 10 mars 2004, que « les premiers juges ont relevé que si (le prévenu) ne proposait pas aux internautes le téléchargement direct de logiciels de jeux contrefaits, il faisait néanmoins apparaître sur son site des liens renvoyant à d'autres sites proposant le téléchargement illégal de tels jeux ; qu'ils ont justement retenu que cette mise à disposition de liens hypertextes devrait s'analyser en *une complicité de contrefaçon par fourniture de moyens* »¹⁸⁹¹. Un quatrième arrêt de la Cours d'appel de Paris, cité par le CSPLA, a également parlé de complicité par rapport à la contrefaçon par reproduction. Elle a même retenu la qualification *directe* de contrefaçon par reproduction, dès lors que les moyens matériels ont été rendus accessibles à des personnes n'ayant pas acquitté les droits d'auteur ou n'ayant pas acquis de licence d'utilisation.

Le caractère représentatif, ou l'impact de ces décisions essentiellement rendues en matière pénale est à nuancer. En effet, elles ne proposent pas de solutions univoques puisque les unes retiennent l'acte principal de contrefaçon, tandis que les autres font appel à la notion de complicité par fourniture de moyens. Par ailleurs, le fondement des décisions n'est pas clairement établi et leur seul dénominateur commun est le fait que les liens pointent vers des contenus illicites. De plus, on peut douter de la conformité de cette jurisprudence nationale avec la jurisprudence européenne, puisque la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas encore envisagé la qualification des opérations de référencement sous l'angle du droit de reproduction. Il est vrai qu'en théorie, la Cour de justice n'apporte de réponse qu'aux questions préjudicielles qui lui sont posées. Néanmoins, elle n'hésite pas à prendre des libertés en pratique et à reformuler la question préjudicielle si cela lui semble opportun et nécessaire. L'atteinte ou non, au droit de reproduction lors de la pose d'un lien reste donc sans réponse, au niveau européen.

Il faut donc bien reconnaître que l'application du droit de reproduction dans le cadre de la « pose d'un lien » n'est pas évidente, non pas seulement en France, mais également en Allemagne : Sans distinguer s'il y a atteinte au droit de reproduction ou au droit de

¹⁸⁹⁰ F. SARDAIN, *La contrefaçon du fait des liens hypertextes* : CCE, juin 2005, études, p. 9 s. (12).

¹⁸⁹¹ CA Aix-en-Provence, 5^e ch. Corr., 10 mars 2004, *Alliel c/Min. public, SEV et al.* : Juris-Data n°2004-240851.

représentation, une partie de la doctrine allemande admet de la part du poseur de lien un acte de participation à l'activation de ce lien¹⁸⁹².

La jurisprudence allemande reconnaît une atteinte à part entière au droit d'exploitation de l'auteur, dès que le poseur de liens « s'approprie » une œuvre¹⁸⁹³. Comme en droit français, le fondement permettant de caractériser la contrefaçon n'est pas clair bien que, dans le cas du *framing*, le fondement semble être l'art. 19 a UrhG. En tout cas, il y a atteinte au droit exclusif. La justification n'est alors pas technique, mais plutôt globale, puisqu'il s'agit de constater que le poseur de lien s'approprie l'œuvre, en posant un lien et en détournant sa valeur économique. Il en va de même pour les *Inline-Linking* etc. A fortiori, il y a atteinte au droit d'exploitation, dès lors que le lien est dirigé non pas vers une autre page *web*, mais vers le serveur d'un tiers¹⁸⁹⁴.

A ce stade de l'analyse, il faut soulever un problème propre au monde dématérialisé et à son interactivité. On peut hésiter quant à la personne (morale ou physique) qui enfreint le droit d'exploitation. Qui réalise l'acte de référencement ? Peut-on considérer que les intermédiaires, autrefois qualifiés d'intermédiaires techniques ont un part de responsabilité lors de la pose d'un lien ?

C'est la dématérialisation et le nouveau rôle des intermédiaires qui a conduit la jurisprudence allemande à considérer le référencement de certains contenus comme relevant du droit de reproduction et cela particulièrement dans le cas du stockage des œuvres dans les serveurs, une particularité technique des *Inline-Linking*, et *framing*.

Force est de constater que les opérations de référencement nécessitent la reproduction de tout ou partie de l'objet référencé par le prestataire de référencement, en plus des copies « finales » réalisées par l'utilisateur du service au moment où il consulte le résultat des opérations. Le service de référencement, que ce soit un moteur généraliste ou un agrégateur de presse, commence par « crawler » les sites, c'est-à-dire fouiner dans les contenus disponibles pour rechercher l'information pertinente à la mise en relation ultérieure. Sur *internet*, cette fonction est souvent remplie par un robot qui sonde les profondeurs du *web*. Comme toute opération dans l'univers numérique, cette consultation des pages nécessite la réalisation d'une copie temporaire sur le serveur du prestataire de référencement. La plupart des pages vues seront immédiatement effacées en raison de leur non-pertinence tandis que les autres vont faire l'objet d'un traitement par le prestataire. Parfois, pour des raisons d'efficacité du service, le prestataire va conserver les pages pertinentes sur son propre serveur et proposer à ses utilisateurs d'accéder au contenu à travers une « réplique » du site, au lieu de le diriger vers le site d'origine.

Ces différentes opérations sont souvent qualifiées de façon sommaire comme « copie cache », sans que l'on fasse une distinction claire entre elles, bien qu'elles répondent à des fonctions distinctes et qu'elles s'inscrivent dans une durée différente. Or une différenciation s'impose, notamment entre le cache qui met à la disposition de l'internaute une copie antérieure du site et le cache *crawling* qui, lui, n'est pas mis directement à la disposition de l'utilisateur, même si la copie réalisée par l'intermédiaire du *cache crawling* peut être pérennisée et ceci à la discrétion totale du moteur de recherche.

¹⁸⁹² Voir LOEWENHEIM, Rn. 24. ; L/KOCH § 78 Rn 63.

¹⁸⁹³ Voir la jurisprudence à propos du *Framing*, BGH GRUR 2013, 818, n° 26 et suiv. – *Die Realität*.

¹⁸⁹⁴ Voir à ce sujet, BGH : GRUR 2014, 180, n° 14 – *Terminhinweis mit Kartenauschnitt*.

Dans cette thèse, la question ne trouve pas de réponse, faute de critère convaincant pour la distinction : Faut-il distinguer suivant le type de lien ? Faut-il faire une différence entre *le Deep Linking* et *le framing* ?

Quoi qu'il en soit, au niveau de la pose de lien, on se pose la question de la responsabilité des intermédiaires techniques, et notamment de *Google*.

2- Qualification juridique d'opérations de référencement portant sur des œuvres constituant des images

Les tribunaux français et allemands ont été confrontés à la qualification juridique des opérations de référencement d'images par *Google*. En effet, les arrêts commentés ci-dessous concernent l'activité de référencement d'image du moteur de recherche, c'est-à-dire le service *Google Images*, qui permet aux internautes, par la saisie de mots-clés d'afficher sous forme de vignettes des séries d'images en rapport avec leur recherche, visibles en format réduit, et dont chacune peut être isolée, pour en faciliter la lisibilité et l'agrandir. En France et en Allemagne, les actes d'utilisation des œuvres de *Google* ont été acceptés. Cependant, dans les affaires où on pose pourtant les mêmes questions de qualification de ce service, on argumente totalement différente, bien que le résultat soit similaire. Dans les quatre arrêts à propos de *Google Vidéos*, la Cour d'appel de Paris recherche d'abord si *Google*, en ce qui concerne l'activité de référencement des images, peut se prévaloir de la qualité d'hébergeur et donc de la limitation de responsabilité prévue par la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Par contre, le *BGH* allemand commence par rechercher une éventuelle atteinte au droit de reproduction et au droit de représentation. C'est pourquoi l'argumentation du *BGH* que l'on va développer, va être discutée en détail. En France, au contraire, les juges ne rechercheront pas à qualifier l'opération de référencement de *Google*. L'approche est donc fort différente dans les deux pays.

L'approche française étonne en ce qu'elle évite les complications et les questions délicates ! Ceci est d'autant plus surprenant que le bénéfice du régime spécifique de responsabilité consacré par la directive e-commerce et la LCEN subordonne l'exonération de l'hébergeur à la condition que ce dernier n'ait pas eu connaissance du caractère illicite des contenus stockés ou ait agi promptement pour les retirer une fois l'illicéité notifiée. *Google* va finalement être condamné pour contrefaçon sur le fondement du Code de la propriété intellectuelle, sans que soit précisées les prérogatives patrimoniales auxquelles il a été porté atteinte.

L'arrêt rendu le 26 janvier 2011 par la Cour d'appel de Paris à propos du même service d'indexation d'images va, quant à lui, beaucoup plus loin. Il déboute en effet la société d'auteurs SAIF de l'ensemble de ses prétentions, sans se prononcer néanmoins expressément en faveur de la licéité du service *Google Images* au regard du droit d'auteur. Plusieurs arguments sont invoqués par la Cour pour rejeter l'action de SAIF contre *Google*, sans que l'on sache cependant très bien s'il s'agit de justifier une limitation de responsabilité sur le fondement de la LCEN comme dans les affaires précédentes, ou d'exclure purement et simplement la contrefaçon.

En Allemagne, le raisonnement du *BGH* est totalement différent. La première question qui est posée est de savoir si *Google* commet une contrefaçon. Les faits de l'affaire *Vorschaubilder I* étaient les suivants : une artiste peintre ayant créé son propre *site web* contenant des reproductions de ses œuvres reprochait à *Google* de rendre lesdites œuvres accessibles en format réduit par le biais de son service de recherche d'images. La Cour fédérale de justice

rejette le pourvoi intenté contre l'arrêt confirmatif l'ayant déboutée de son action en cessation des agissements litigieux, au terme d'un raisonnement minutieux.

a- Approche « technique » de l'opération de référencement de Google à l'aune du droit de reproduction et du droit de représentation en Allemagne.

La Cour fédérale de justice confirme, comme l'avaient également fait les juges du fond, que la reproduction des œuvres litigieuses en version réduite, c'est-à-dire le principe même des *thumbnails*, porte atteinte au droit de reproduction. Par conséquent, l'activité du moteur de recherche entre bien dans le champ d'application du droit d'auteur. Cette atteinte au droit de reproduction est néanmoins exclue des débats, puisque réalisée sur le territoire américain où se trouve les serveurs et outils de stockage de *Google*. A partir du moment où il y a bien une fixation de l'œuvre et où le public n'entre en relation avec l'œuvre que par la médiation du support incorporel sur lequel l'œuvre a été fixée, rien ne s'oppose à qualifier de reproduction cet acte d'utilisation de *Google*. L'incertitude concerne plutôt l'étendue de l'acte à prendre en compte. Les vignettes-image en soi ne font-elles pas partie de l'opération de référencement réalisée par *Google*, prise dans son ensemble ? Cette opération de reproduction compte-t-elle face au but ultime de *Google* qui consiste à vouloir « communiquer » ces images au public ? Faut-il segmenter et envisager de manière séparée la création de vignette-images de l'opération de « mise à disposition » de ces images par *Google* ?

En faveur d'une segmentation des actes, on peut sûrement faire valoir que la création de vignettes images n'est pas un acte de reproduction provisoire, puisque les vignettes images sont justement destinées à être trouvées par les utilisateurs-internautes. Par ailleurs, les conditions permettant d'envisager une exception de citation ne sont pas non plus remplies, puisqu'il n'y a pas de relation entre l'œuvre et une idée propre à la citation. L'application éventuelle d'une exception au droit de reproduction ne change rien au constat que les vignettes images constituent de toute façon une reproduction. Dès lors que l'étendue de l'acte d'utilisation de l'œuvre par *Google* n'est plus envisagée de manière segmentée ou technique, l'opération de référencement inclut la création de vignettes-images et leur mise en ligne.

Néanmoins, le *BGH* envisage bien de séparer la création des vignettes-images et leur mise en ligne. A ce propos, la Cour fédérale de justice constate la violation du droit exclusif de mise à disposition par *Google* qui contrôle la communication des œuvres au public. La mise en ligne des vignettes images constitue bien une communication au public.

b- Approche globale ou fonctionnelle de l'opération de Google à l'aune du seul droit de communication au public ?

On pourrait très bien considérer que l'opération de référencement dans son ensemble constitue une communication au public. Séparer les deux actes de la création des vignettes images d'une part et de mise à disposition de ces vignettes à un public d'autre part est artificiel, puisque la même exploitation de l'œuvre (c'est-à-dire la mise en ligne de vignettes images créées) réalisée par une même personne (ici *Google*) porte potentiellement atteinte à deux droits différents, le droit de reproduction et le droit de représentation. Seul un concours de circonstances permet au *BGH* de ne pas qualifier une atteinte au droit de reproduction.

Google est-il pour autant condamné sur le fondement d'une atteinte au droit de représentation ? La décision n'est pas à l'abri de rebondissement. A partir du moment où *Google* n'avait pas demandé l'autorisation à l'auteur, sa condamnation semblait inéluctable. Pourtant, et c'est là en fait l'intérêt principal de cette décision, la Cour conclut à la licéité des agissements de l'opérateur au motif que l'auteur a implicitement consenti à une telle utilisation de ses œuvres par le moteur de recherche. C'est peu dire que le raisonnement est pragmatique et qu'ont, à l'évidence ont prévalu des considérations d'opportunité¹⁸⁹⁵. Une telle argumentation de la Cour fédérale a bien sûr fait l'objet de nombreuses critiques abordées ultérieurement.

La différence d'approche des juges français est importante, mais également, les difficultés de qualification auxquelles ils sont confrontés. Contrairement à l'espèce soumise à la Cour fédérale allemande dans l'affaire *Vorschaubilder*, l'auteur, dans l'affaire *Au-féminin.com*, n'avait pas procédé lui-même ni consenti à la mise en ligne de l'œuvre indexée sous forme de *Thumbnails*. La précision est importante car la solution ne pouvait pas être fondée sur un quelconque consentement tacite tel qu'il a été admis par la jurisprudence allemande.

Les différentes décisions témoignent finalement de l'embarras des juges français, visiblement désireux de légitimer le service *Google Images*, mais incapables de trouver un fondement juridique adéquat. D'où l'accumulation d'observations pragmatiques qui, même mises bout à bout, ne suffisent pas à justifier la solution en droit.

Conclusion du chapitre I

Les exemples détaillés ont permis de montrer que la distinction des droits sous forme corporelle et incorporelle est inadaptée à la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre dans un monde numérique. D'une part, le critère de distinction traditionnel de la fixation ne permet plus véritablement de distinguer un droit sous forme corporelle d'un droit sous forme incorporelle en raison principalement de la dématérialisation des supports de fixation. D'autre part, une même exploitation d'une œuvre peut entraîner l'application de plusieurs droits aboutissant à un cumul d'application des droits. Or, l'application de plusieurs droits entraîne une surprotection de l'ayant droit et le plus souvent un double paiement pour une même exploitation. L'utilisation de nouveaux modes techniques entraîne également une application incertaine des droits. Une même exploitation d'une œuvre est alors qualifiée de manière différente selon le point de vue choisi pour la qualifier juridiquement. L'interactivité accrue dans un monde dématérialisé et numérique montre donc que la définition du droit d'exploitation sous forme corporelle et sous forme incorporelle est inadaptée à la qualification juridique de nouvelles formes d'exploitation des œuvres. En plus de l'interactivité, c'est l'approche même adoptée par le juge (technique ou fonctionnelle), induite de la structure des droits, qui influence la qualification juridique d'un acte d'exploitation. Par conséquent, un même acte d'exploitation peut recevoir une qualification juridique différente en France et en Allemagne. Une telle constatation remet en cause la pertinence de la *summa divisio* et traduit un manque de sécurité juridique. La qualification juridique des nouveaux modes d'utilisation des œuvres est complexe, si bien que l'application des exceptions souvent attachées à un droit n'est pas évidente. Alors que le problème majeur réside généralement dans l'application de plusieurs droits pour une exploitation, on constate également le phénomène inverse. Un droit définit de manière trop large peut englober plusieurs exploitations d'une même œuvre. Par

¹⁸⁹⁵ Voir A. LUCAS-SCHLOETTER, *ibid.*

exemple, une communication au public d'une œuvre sur une plateforme UGC (*User generated content*) s'analyse à première vue que sous l'angle de la communication au public, alors que l'hébergeur de la plateforme peut lui aussi réaliser un acte d'exploitation prenant la forme d'une reproduction.

Il serait donc judicieux de réajuster les contours de la notion d'exploitation afin de tendre vers une solution idéale reconnaissant un droit pour une exploitation, une approche rendant possible un équilibre des intérêts. Comme le souligne A. LUCAS, « ce qui déclenche l'application *du* droit exclusif est *un* acte d'exploitation »¹⁸⁹⁶. C'est pourquoi le chapitre suivant tente de cerner la notion d'exploitation, déclenchant l'application du droit d'auteur.

¹⁸⁹⁶ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, coll. « Droit@Litec », 1998, p. 130, n°257.

CHAPITRE II- UNE NOTION D'EXPLOITATION TRADITIONNELLE DEVENUE INADAPTEE ?

Une analyse de la jurisprudence allemande et française permet de distinguer deux compréhensions de la notion d'exploitation. La jurisprudence allemande tend généralement à avoir une compréhension *technique* de l'exploitation, tandis que les juridictions françaises attachent généralement de l'importance à la *fonction* même d'un acte d'exploitation consistant à « permettre la circulation des œuvres dans la sphère publique¹⁸⁹⁷ ». On peut donc émettre l'hypothèse selon laquelle il y aurait un lien de causalité entre la structure des droits, telle qu'elle est prévue dans les textes et l'appréciation juridique des actes d'utilisation d'une œuvre. Dès lors que la structure des droits est analytique et que la définition des droits accorde intrinsèquement de l'importance à l'élément technique, alors l'acte d'utilisation d'une œuvre, donnant éventuellement lieu à une exploitation de l'œuvre, est analysé sous un angle technique. Au contraire, dès lors que la structure des droits est synthétique et que la définition des droits est large, alors l'appréciation d'un acte d'utilisation d'une œuvre est fonctionnelle.

Ce chapitre cherche à vérifier l'hypothèse de départ, selon laquelle il y aurait un lien de causalité entre la rédaction des textes de lois et la compréhension de la notion d'exploitation. La première section cherche à démontrer l'insuffisance ou l'inadaptation des critères techniques, dès lors qu'il s'agit de qualifier un acte d'utilisation d'une œuvre comme constituant une exploitation. La deuxième section attire le regard sur la difficulté à manier le caractère public d'une exploitation dans un monde numérisé et interactif, alors même que ce critère était largement utilisé pour distinguer l'acte d'utilisation d'un acte d'exploitation dans un monde analogique.

Section 1- Approche technique de la notion d'exploitation

Une rédaction technique des textes de loi entraîne une prise en compte de critères techniques, en vue de qualifier les actes d'utilisation d'une œuvre en tant qu'exploitation. La difficulté consiste à déterminer l'étendue de l'acte pris en compte en vue de sa qualification juridique. Comment faire correspondre les mots, le langage juridique à la technique ? Comment décrire un procédé technique, une « réalité » avec des mots ?

Face à cette difficulté réelle, il faut apporter des solutions. Quels actes d'utilisation d'une œuvre portent atteinte au droit d'auteur ? Au niveau européen, il semble que « tout acte relève du droit d'auteur ». Cependant, une telle approche entraîne la situation paradoxale suivante : même la simple « jouissance intellectuelle » de l'œuvre ou le simple « accès » à l'œuvre relève ainsi de l'acte d'exploitation. Une telle approche va à l'encontre de l'idée même du droit d'auteur. Considérer que tout acte relève du droit d'auteur ne favorise pas forcément les intérêts de l'auteur. Comme le souligne le ministre allemand de la justice, « plus de protection rime avec moins de droit d'auteur ».

¹⁸⁹⁷ S. DUSOLLIER, *L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 563s.

C'est pourquoi, on abordera dans un premier temps, la prise en compte de critères techniques en vue de qualifier les actes d'utilisation comme relevant d'un droit exclusif d'exploitation (§1), pour aborder dans un deuxième temps, les conséquences d'une telle approche technique de l'exploitation (§2).

§1- Prise en compte de critères techniques, en vue de qualifier les actes d'utilisation comme relevant d'un droit exclusif d'exploitation

Bien que ce soit surtout en matière de droit de reproduction que « le diktat technique » prédomine (B), le droit de communication au public n'est pas en reste (A).

A- *Prise en compte de critères techniques pour la qualification d'un acte de communication au public*

En effet, la loi allemande du droit de communication au public opère de fait, des distinctions techniques (1), et la Cour de justice de l'Union européenne tient également compte d'éléments techniques, dans le cadre de son interprétation de la notion de communication au public (2).

1- *Prise en compte de critères techniques au niveau national*

De structure analytique, le droit allemand distingue différentes prérogatives du droit de communication au public (a) dont la différenciation est parfois délicate en pratique (b).

a- *Origine légale de cette difficulté en Allemagne ?*

Le critère de distinction permettant une différenciation entre *le droit de télédiffusion de point à multipoint* prévue à l'art. 20 UrhG et *le droit de mise à disposition* de l'art. 19 a UrhG se concrétise par la précision temporelle apportée par l'art. 19 a UrhG qui caractérise le comportement du public¹⁸⁹⁸. La clef de la distinction réside dans le fait de savoir si le public est libre de consulter une œuvre au *moment* choisi par lui¹⁸⁹⁹. Ce critère caractérise le comportement du public mais trouve son origine dans le développement des nouvelles technologies. Il traduit la prise en compte par la loi du développement des techniques. La structure des droits de communication au public dans la loi sur le droit d'auteur allemand traduit particulièrement bien l'approche technique des droits d'exploitation en Allemagne. Tout d'abord, l'art. 19 UrhG traduit une exploitation sous forme incorporelle traditionnelle en présence d'un public présent au même endroit et au même moment, comme c'est le cas dans une salle de spectacle dans le cadre, par exemple, de la récitation d'un poème, de l'exécution lyrique d'un opéra etc. Puis, l'art. 20 UrhG traduit une forme d'exploitation plus moderne telle par exemple la télédiffusion de point à multipoint, à destination d'un public potentiellement atteignable au même moment, mais pas au même endroit. Finalement, l'art. 19a UrhG traduit

¹⁸⁹⁸ Voir Titre I, Chapitre I, Section I, § 1, B, 1.

¹⁸⁹⁹ En allemand : *zu Zeiten ihrer Wahl*.

l'évolution technologique la plus récente, puisque le public n'est ni présent au même endroit ni au même moment. C'est donc de manière chronologique que l'énumération des droits de communication au public retrace l'évolution des techniques. Néanmoins, au vu de la convergence des médias¹⁹⁰⁰ et des nouvelles formes d'utilisation des œuvres, rendues possibles par des développements techniques incessants et toujours plus complexes, ce critère « temporel » de distinction ne semble plus pertinent et ne permet plus de distinguer les exploitations des œuvres relevant du droit de mise à disposition et du droit de télédiffusion de point à multipoint. En effet, le développement de nouveaux services, caractérisés par des technologies hybrides, intermédiaires, ne constituent ni véritablement une télédiffusion, ni véritablement une mise à disposition. Comment qualifier juridiquement ces nouveaux actes d'utilisation issus de technologies hybrides ?

A l'origine, le critère de distinction décrivait une constellation technique concrète et particulière. La référence à lui permettait de distinguer la simple télédiffusion par le biais d'un téléviseur envers un public présent en même temps mais pas dans un même lieu (chaque personne est assise dans son salon) d'une mise en ligne d'une œuvre sur un site *internet*, pouvant être visualisée à tout moment par le public et en tout lieu. Aujourd'hui ce critère à part entière est interprété de manière isolée et détachée de toute référence concrète. Pour M. Koof, il est clair qu'un critère abstrait doit nécessairement faire l'objet d'une application juridique concrète. Selon les juristes allemands, plus la terminologie est précise, moins est grand le « risque » d'un jugement de valeur à propos de l'application de cette terminologie¹⁹⁰¹. On peut même aller plus loin et considérer que toute question juridique peut être résolue par « une opération logique de la pensée » dès lors que le système de règles est cohérent dans son ensemble¹⁹⁰². Selon M. Koof, une concrétisation du critère de distinction permettrait une qualification juridique claire des actes d'exploitation. En effet, un critère interprété de manière abstraite ne permet pas la prise en compte des caractéristiques techniques complexes d'une télédiffusion. La prise en compte de ces caractéristiques est cependant nécessaire au vu de l'interactivité et de la non-linéarité¹⁹⁰³ de la télédiffusion dans un monde numérique.

La question qui se pose est donc la suivante : la référence au degré d'interactivité et au degré de linéarité permet-elle de concrétiser le critère de distinction abstrait ? Il a été déjà mentionné que l'interactivité n'est pas une valeur absolue. En effet, la réponse à la question de savoir si un modèle d'affaires est interactif ne peut pas être négative ou positive. Tout au contraire, l'interactivité est une question de degré. Ainsi, même la simple télédiffusion au sens classique du terme, c'est-à-dire par le biais d'un télédiffuseur, nécessite bien un comportement actif de la part du téléspectateur, puisque ce dernier doit allumer son poste de télévision. Il n'y a donc pas de dichotomie entre une télédiffusion linéaire et non-linéaire, mais différents degrés de linéarité¹⁹⁰⁴. De plus, la prise en compte d'un tel critère ne permettrait pas une classification claire et distincte des prestations de services atypiques que sont les vidéos personnalisées ou le magnétoscope en ligne. En outre, comment apprécier l'interactivité ? Faut-il se fier à des considérations techniques ou tenir compte de l'impression subjective de l'utilisateur ? Accorder de l'importance au fait que l'utilisateur a l'impression subjective d'avoir la possibilité d'utiliser à tout moment le service en question entraînerait un grand manque de sécurité juridique. Les considérations techniques ne sont pas non plus d'une grande aide

¹⁹⁰⁰ Th. DREIER, *FS Ullmann*, p. 37 (38).

¹⁹⁰¹ K. LARENZ/C. W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, 1995, p. 222.

¹⁹⁰² K. LARENZ/C. W. CANARIS, *ibid.*, p. 264.

¹⁹⁰³ R. DITTRICH, *Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz*, 1986.

¹⁹⁰⁴ Voir entre autres, J. STENDER-VORWACHS/N. THEISSEN : ZUM 2006, 362 (366) ; voir aussi J. BORTLOFF : *GRUR Int.* 2003, 669 (675) ; Th. DREIER, *FS Erdmann*, p. 73 (73 ff.).

puisque on assiste précisément à un nivellement des techniques. C'est pourquoi la référence à l'interactivité et à la linéarité ne permet pas de concrétiser le critère de distinction.

En fait, les utilisations d'œuvres suscitant des difficultés se situent à la limite entre une qualification sous l'angle du droit de « *mise à disposition* » et du droit de « *télédiffusion de point à multipoint* » à partir du moment, où ces utilisations d'œuvres présentent des caractéristiques essentielles des deux droits patrimoniaux. Concrètement, ce sont les services proposant une combinaison d'offres conventionnelles que sont la radio et les émissions de télévision, avec une individualisation, c'est-à-dire des transmissions *online* dirigées vers un utilisateur individuel. Où fixer la frontière ?

Le nivellement des différentes techniques rend toute qualification juridique difficilement justifiable. Beaucoup d'auteurs considèrent néanmoins que la distinction entre l'art. 19 a UrhG et l'art. 20 UrhG doit être maintenue et recherchent inlassablement un critère fiable permettant de distinguer les deux droits. Cependant, une qualification juridique n'est véritablement possible qu'à partir du moment où sa distinction sur le plan technique, mais aussi économique, suit d'autres critères que ceux concernant le jeu des œuvres (*Zuspielung*) et l'indifférence temporelle de la récupération des œuvres (*gleichzeitiger Abruf*).

C'est pourquoi, il s'agit ici de prendre en compte l'influence *globale* du service lors de sa qualification et non pas seulement certains de ses aspects. L'interdépendance des différentes caractéristiques d'un service doit être prise en compte en réalisant un jugement de valeur. En conclusion, pour certaines techniques, un noyau dur subsiste, tandis que pour d'autres techniques, le critère de distinction technique est dépassé.

b- Exemples concrets de difficultés de distinction

La qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre réalisée à l'aide de nouvelles technologies issues du monde numérique, entraîne souvent des hésitations quant à l'application de l'art. 19 a UrhG ou de l'art. 20 UrhG. Différents arguments peuvent être avancés en faveur ou en défaveur de l'application de l'art. 19a UrhG ou de l'art. 20 UrhG.

L'argumentation généralement développée par les juges afin de distinguer les deux droits suit une même « grille de raisonnement ». En faveur d'une mise à disposition au sens de l'art. 19 a UrhG, les juges relèvent que l'internaute entre en contact avec l'œuvre au moment et dans le lieu de son choix (absence d'unité de temps et de lieu). L'internaute adopte une démarche active, permettant une visualisation voir une transmission de l'œuvre *on demand*. Au contraire, dès lors que l'internaute n'a aucune influence ni sur la chronologie, ni sur le contenu même d'une émission, alors les indices sont réunis en faveur d'une qualification juridique retenant l'application du droit de télédiffusion de point à multipoint. L'œuvre est alors communiquée au moment et en temps voulu par l'émetteur. De nombreux exemples jurisprudentiels permettent d'illustrer ce dilemme de qualification juridique, très courant dans le cadre de l'exploitation des œuvres *online*. Par exemple, l'exploitation d'une œuvre dans le cadre d'un service *push* entraîne nécessairement une prise de position arbitraire en faveur de l'un ou de l'autre droit. De même un service *online* d'enregistrement de vidéos pose également la question de l'application d'un droit de mise à disposition, (à l'initiative de l'internaute) ou de l'application d'un droit de télédiffusion de point à multipoint (à l'initiative de l'émetteur de la télédiffusion). Le doute subsiste quand à la qualification juridique de cette utilisation, car même si l'émetteur de la télédiffusion réalise un enregistrement relevant

éventuellement du droit de reproduction, l'internaute peut visionner ces œuvres au moment et au lieu de son choix. L'incertitude liée à la qualification juridique de l'acte d'utilisation d'une œuvre est accentuée dès lors que le modèle d'affaires prend la forme d'un espace personnalisé *online*. Toutes les utilisations d'œuvre reposant sur l'utilisation de modèles d'affaires reposant sur des technologies numérique hybrides sont difficilement qualifiables juridiquement, d'où l'absence de pertinence d'une telle distinction. La technique du *streaming* illustre de manière symptomatique les difficultés de distinction entre un droit de mise à disposition et un droit de télédiffusion de point à multipoint. On distingue généralement le *live streaming* (aa) du *near-on-demand streaming* (bb).

aa- *Live streaming*

La diffusion sous forme de *streaming* peut s'analyser à la mesure du droit de communication au public. La jurisprudence allemande, tout comme la doctrine proposent des qualifications juridiques différentes des services de *live streaming*. Les uns considèrent que le *live streaming* relève du droit de télédiffusion de point à multipoint prévu à l'art. 20 UrhG et les autres que le *live streaming* s'analyse comme une mise à disposition au sens de l'art. 19 a UrhG.

Selon certaines décisions de jurisprudence allemandes¹⁹⁰⁵ et quelques auteurs¹⁹⁰⁶, le *live streaming*, se concrétise par des services de *simulcasting* ou le *web casting* et s'analyse juridiquement comme objet d'un droit de « mise à disposition » au sens de l'art. 19a de la loi sur le droit d'auteur. En effet, ce droit d'exploitation concerne toute utilisation interactive et décalée dans le temps¹⁹⁰⁷. Le *live streaming* relève du droit de mise à disposition, à partir du moment où pour *initialiser* le flux de données, un acte positif est requis par l'utilisateur qui « clique » par exemple sur une icône présente sur un site *web*¹⁹⁰⁸. Dans le cadre d'une vraie télédiffusion par le biais d'un téléviseur au sens de l'art. 20 UrhG, les données sont *continuellement* diffusées, peu importe que l'utilisateur final ait allumé ou non, par exemple la télévision¹⁹⁰⁹. Présentant un certain degré d'interactivité, le *live streaming* ne peut être qualifié de simple télédiffusion au sens de l'art. 20 UrhG. En effet, le *live streaming* suppose bien l'existence d'un acte *individuel* de la part de l'utilisateur. Or, comme le rappelle M. Dreier, suite à une interprétation restrictive de ce paragraphe, le champ d'application de l'art. 20 UrhG se limite plutôt aux cas historiques d'application de la télédiffusion envisagés par le législateur¹⁹¹⁰. En effet, en raison de la transmission de paquets de données individuels, on ne peut considérer qu'il y a existence d'un seul signal d'émission adressé à un public potentiel¹⁹¹¹, comme c'est le cas lors d'une télédiffusion de point à multipoint. Dans le cas du *live streaming*,

¹⁹⁰⁵ OLG Hamburg MMR 2006, 173 (174) – *StayTuned* ; OLG Hamburg : ZUM 2009, 414 (414 f.) – *StayTuned III* ; so auch das LG München I : ZUM 2001, 260 (260, 263).

¹⁹⁰⁶ WANDKTE/BULLINGER/ERHARDT, *Urheberrecht*, 4. Aufl. 2014, §§20-20b UrhG, Rn.14 ; DREIER/SCHULZE, 5.A., §20 UrhG, Rn.16 ; DREYER/KOTTHOFF/MECKEL, 2. Auflage., §19a UrhG, Rn.12 (bis zur 2. Aufl. 2009).

J. BORTLOFF : GRUR Int. 2003, 669 (674 f.) ; Th. DREIER, *FS Erdmann*, S.73 (83 ff.) ; Th. DREIER : ZUM 2002, 28 (30 f.) ; FLECHSIG : ZUM 1998, 139 (145), N. FLECHSIG : CR 1998, p. 225 (227) ; R. RICKER : ZUM 2001, 28 (30, 33 f.).

¹⁹⁰⁷ Th. DREIER in : Dreier/Schulze, §20 Rn.16.

¹⁹⁰⁸ J. BORTHOFF : GRUR Int. 2003, 669 (675) ; VÖLTZ, Web 2.0, p. 86.

¹⁹⁰⁹ J. BORTHOFF : GRUR Int. 2003, 669 (675).

¹⁹¹⁰ DREIER/SCHULZE, § 20 Rn.16.

¹⁹¹¹ DREIER/SCHLUZE, §20 Rn.16.

il s'agit d'une diffusion de point à point. Par ailleurs, certains auteurs¹⁹¹² évoquent l'existence d'un court décalage dans le temps lors de la communication des œuvres par le biais de la technologie du *streaming*, si bien que la réception n'a pas lieu au même moment, une condition pourtant nécessaire à l'application de l'art. 20 UrhG.

L'opinion dominante¹⁹¹³ en Allemagne considère que le *simulcasting* ou le *webcasting* utilisant la technique du *live streaming* est à analyser au sens d'une télédiffusion de point à multipoint. Cette qualification juridique longtemps abordée que sur le plan doctrinal, a maintenant été confirmée en Allemagne, par un certain nombre de décisions de jurisprudence rendues par des instances inférieures¹⁹¹⁴. La télédiffusion au sens de l'art. 20 UrhG correspond à la transmission d'un programme vis-à-vis d'un public, au moment et au temps voulu par l'émetteur, peu importe la technique utilisée. Justement, la formulation de l'art. 20 UrhG est technologiquement neutre, afin de pouvoir couvrir toute forme de télédiffusion de point à multipoint. Le *live streaming* peut être qualifié au sens de l'art. 20 UrhG puisque le récepteur se « connecte » à la transmission ou au programme d'émission commencé et n'a donc aucune influence ni sur la chronologie ni sur le contenu même du programme.

De plus, la seule circonstance selon laquelle, l'utilisateur doit prendre une *initiative* dans le but de réceptionner cette émission, ne doit pas mettre en échec une qualification juridique de cet acte au sens de l'art. 20 UrhG. Le fait de cliquer sur l'icône d'une vidéo présente sur un site *web* dans le but de visualiser en *live streaming* le journal de 20 heures par exemple, ne se distingue nullement de l'allumage d'une télévision ou de la radio¹⁹¹⁵. Une interprétation littérale et grammaticale de l'art. 20 UrhG conforte cette compréhension puisque les textes ne précisent pas que le signal d'émission doit être *unique* ni transmis *sans* acte initial de la part de l'utilisateur¹⁹¹⁶.

Comme déjà vu dans le chapitre précédent, l'application de l'art. 20 UrhG est indépendante de la prise en compte de procédés techniques tels que les reproductions intermédiaires ou au niveau des espaces tampons¹⁹¹⁷. Ces reproductions provisoires peuvent même faire l'objet d'exceptions. Par exemple, l'enregistrement de données transmises par le biais du *streaming* constitue un acte d'utilisation isolé. Ainsi, l'enregistrement d'un film passant à la télévision à l'aide d'un magnétoscope ne remet pas en cause le fait que la diffusion d'un film à la télé est bien une télédiffusion. Par analogie avec le *download* d'un film télédiffusé en *streaming*, ce acte d'enregistrement contournant même le but premier d'une diffusion en *streaming* est à qualifier de manière indépendante de la télédiffusion en *streaming*. Par ailleurs, considérer que le *live streaming* ne s'analyse pas seulement comme un

¹⁹¹² Th. DREIER, *FS Erdmann*, p. 73 (86)

¹⁹¹³ SCHRICKER/V. UNGERN-STERNBERG, *Urheberrecht*, 3. Auflage, 2006, §20 UrhG, Rn.45 ; LOEWENHEIM/SCHWARZ/REBER, *Handbuch des Urheberrechts*, 2003, §21, Rn.76 ; WANDKTE/BULLINGER/MANEGOLD, *Urheberrecht*, 2. Auflage, 2006, Vor §§88ff. UrhG, Rn.40 ; SCHWARZ : ZUM 2000, 816 (822). ; SASSE/WALDHAUSEN : ZUM 2000, 837 (842) ; H. SCHACK : GRUR 2007, 639 (641) ; Poll : GRUR 2007, 476 (480) ; Nieland, *Die Online-Lieferung im Urheberrecht*, 2005, S.63f. ; Fringelli, *internet TV*, 2004, S.223.

¹⁹¹⁴ Voir à ce sujet par exemple : OLG Stuttgart, NJW 2008, p. 1605 (1606) ; KG Berlin, Urt. v. 25.01.2010, 24 U 16/09, Rn. 18 ff. ; LG München : ZUM 2001, 260 (263) ; LG Hamburg : ZUM 2005, 844 (846) ; LG Köln : ZUM 2005, 574 (575).

¹⁹¹⁵ J. v. UNGERN-STERNBERG in : Schricker, §20 UrhG, Rn.45 ; Poll : GRUR 2007, 476 (480).

¹⁹¹⁶ J. v. UNGERN-STERNBERG in : Schricker, §20 UrhG, Rn.45.

¹⁹¹⁷ Poll : GRUR 2007, 476 (480) ; H. SCHACK : GRUR 2007, 639 (641).

droit non-nommé de communication au public, avantage les intérêts des artistes interprètes ne reconnaissant pas une liste non exhaustive de droits attachés à la communication au public.

Outre les distinctions techniques pouvant être faites entre l'application du droit de mise à disposition au sens de l'art. 19 a UrhG et la télédiffusion de point à multipoint au sens de l'art. 20 UrhG, il se pourrait très bien que la qualification du live streaming à l'un ou à l'autre droit soit liée à des préoccupations de valeurs, et de prise en compte de tel ou de tel intérêt. Au vu de la complexité liée à la distinction entre l'art. 19 a UrhG et l'art. 20 UrhG, il n'est pas étonnant, que ce soit la poursuite d'intérêt qui pousse à qualifier un acte [à mieux formuler]. Idée : on voit bien que pour le live streaming : la distinction technique n'est pas simple. La technique n'est pas une solution.

bb- *Near-on-demand streaming* (NoD)

Comme déjà évoquée au niveau du chapitre préliminaire, dans le cadre de la présentation technique du *near-on-demand*, ce procédé technique est hybride et ne constitue ni véritablement un *live streaming*, ni véritablement un *streaming on demand*. L'utilisation de la technique du *on-demand streaming* ne fait pas l'objet de points de vue différents en Allemagne. Après des années de débats concernant la qualification juridique de transmissions *on-demand*, ces discussions dogmatiques ont pris fin avec la mise en place de l'art. 19a UrhG¹⁹¹⁸. Cette possibilité de *streamer* des contenus *on demand* constitue en fait le cas d'application classique, c'est-à-dire voulu par le législateur de l'art. 19 a UrhG. Le programme n'étant pas préétabli par l'émetteur et l'utilisateur ayant bien la possibilité de visualiser un programme ou une œuvre de son choix au moment où il le souhaite, l'initiative de la transmission émane donc bien de l'utilisateur-consommateur. Par conséquent, le *streaming* en différé tout comme le *pod-casting* concerne l'application de l'art.19a de la loi sur le droit d'auteur, et illustre bien, presque comme un exemple typique, le cas d'une mise à disposition¹⁹¹⁹. Les utilisations d'œuvres par le biais de la technique du *streaming on demand* ne peuvent donc être qualifiées sous l'angle de l'art. 20 UrhG¹⁹²⁰.

Les utilisations d'œuvres recourant à la technique du *streaming near-on-demand* et présentant un degré d'interactivité moins important que le *streaming on-demand* peuvent-elles être qualifiées à l'aune du droit de mise à disposition ? C'est sans surprise que la qualification juridique de services *near-on-demand* (NoD) fait l'objet de controverses.

Near-on-demand et application de l'art. 19 a UrhG

Seuls quelques auteurs¹⁹²¹ allemands soutiennent la position très claire suivant laquelle, les services utilisant la technique du NoD sont à qualifier juridiquement à l'aune de l'art. 19 a UrhG de la loi sur le droit d'auteur. Les uns mettent l'accent sur des arguments techniques,

¹⁹¹⁸ Voir à ce propos GEY, *Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG*, p.140; Nieland, *Online-Lieferung*, p. 63 ff.

¹⁹¹⁹ Poll : GRUR 2007, 476 (480); H. SCHACK : GRUR 2007, 639 (641); J. v. UNGERN-STERBERG in : Schricker, §20 UrhG, Rn.46.

¹⁹²⁰ Sassa/Waldhausen : ZUM 2000, 837 (842f.); Wandkte/Bullinger/Ehrhardt, *Urheberrecht*, 2.Auflage.2006, §§20-20b loi sur le droit d'auteur, Rn.14; J. v. UNGERN-STERBERG in *Schricker*, §20 UrhG, Rn.46.

¹⁹²¹ Voir à ce sujet : DREIER : ZUM 2002, 28 (30); DREIER, *FS Erdmann*, S.73 (84 f.) ; de manière plus différenciée, Rüberg, *Elektronische Übermittlung*, p. 319 s.

quand les autres réalisent un jugement de valeur. Pour les premiers¹⁹²², en l'absence d'un signal émis de façon unique dans le cadre des services NoD, les services NoD ne peuvent s'analyser juridiquement à l'aune de l'art. 20 UrhG. En effet, les transmissions d'œuvres protégées envers l'utilisateur/consommateur s'effectuent toujours avec un certain décalage dans le temps, même très faible. Pour les seconds, la qualification à l'aune de l'art. 19 a UrhG ne dépend pas de caractéristiques techniques, mais plutôt d'un jugement de valeur *c'est-à-dire*, de la prise en compte d'intérêts à protéger. Dans son commentaire, par exemple, M. Dreier souligne bien que le service de NoD est à qualifier de "mise à disposition" au sens de l'art. 19 a UrhG en raison des intérêts des artistes interprètes qu'il convient de protéger¹⁹²³.

D'autres auteurs allemands¹⁹²⁴ encore, sont plus nuancés, et ne considèrent l'application éventuelle de l'article 19a UrhG que lorsque les intervalles entre les différentes possibilités de transmissions sont très courtes d'où l'impression pour l'utilisateur de disposer de l'œuvre à tout moment. Bien sûr, il ne s'agit là que d'une impression, puisque l'œuvre ne peut être effectivement consultée qu'à un moment choisi par l'émetteur. La perspective adoptée ici est donc celle de l'utilisateur et de « son impression subjective » et non une « particularité technique liée à la transmission ¹⁹²⁵ ». Ainsi, plus les intervalles de transmissions sont restreints, plus une compréhension fonctionnelle – *c'est-à-dire* accordant de la valeur au but recherché – de ce service, permet d'envisager ce dernier sous l'angle du droit de « mise à disposition »¹⁹²⁶. En pratique, il arrive même que l'utilisateur internaute ne s'aperçoive pas de ces intervalles. Prenons l'exemple d'un système vidéo ayant vocation à communiquer des films et dont les séquences débutent de manière si rapprochées que l'utilisateur lui-même a l'impression de pouvoir consulter ces œuvres multimédias quand bon lui semble. A cause du degré d'interactivité de ce service NoD, on peut considérer que ce système vidéo entraîne des utilisations susceptibles d'être qualifiées à l'aune de l'art. 19 a UrhG.

En raison de la difficulté à qualifier juridiquement le service NoD suivant les critères prévus par les textes de lois, la tentation est forte de recourir à une argumentation accordant de la valeur à l'impression subjective de l'utilisateur, dans le but de qualifier juridiquement l'acte d'exploitation et de distinguer ainsi les applications des droits prévus à l'art. 19 a UrhG et à l'art. 20 UrhG. Pour aller plus loin, on peut même considérer que la prise en compte de l'impression subjective de l'utilisateur dans le cadre de la qualification juridique des services NoD revient à faire un parallèle¹⁹²⁷ sur le plan économique, entre les services proposant des œuvres en *streaming on-demand*, et des services NoD.

Near-on-demand et application de l'art. 20 UrhG

Cependant, l'opinion dominante de la doctrine allemande qualifie les actes d'utilisation des œuvres réalisés par des services de NoD à l'aune du droit de télédiffusion de point à multipoint, *c'est-à-dire* au sens de l'art. 20 UrhG¹⁹²⁸. En fait, le service NoD peut très bien être

¹⁹²² Voir par exemple *Thurow*, FS Kreike, p. 763 (766 f.), Critique quant à l'application du droit de télédiffusion de l'article 20 UrhG,

¹⁹²³ *Dreier/Schulze*, § 19a Rn. 10, § 20 UrhG, Rn. 16.

¹⁹²⁴ *Wandkte/Bullinger*, Urheberrecht, 2. Auflage, 2006, §19a UrhG, Rn.19, *Wandkte/Bullinger/Ehrhardt*, Urheberrecht, 2. Auflage, 2006, §20-20b UrhG, Rn.13; *DREIER/SCHULZE*, §19a UrhG, Rn.10.

¹⁹²⁵ *Wandkte/Bullinger*, § 19 a Rn. 20.

¹⁹²⁶ M. GEY, *Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung* i.S.d. §19 a UrhG, Entwicklung, Regelungsumfang und ausgewählte Problemen aus der Praxis.

¹⁹²⁷ *WANDTKE/BULLINGER*, §19a UrhG, Rn.20.

¹⁹²⁸ Voir par exemple : J. v. UNGERN-STERNBERG in : *Schricker*, §19a UrhG, Rn.54 ; *Loewenheim/Castendyk*, Handbuch des Urheberrechts, 2003, §75, Rn.37 ; *Nieland*, Die *Online-Lieferung*

comparé à d'autres formes de télédiffusion, telles qu'elles existent en dehors de l'*internet*, sous la forme de Pay-TV, ou sous la forme d'un pay-per-view par exemple. Ces autres formes de télédiffusion se caractérisent par le fait qu'un programme préconstitué est transmis à l'utilisateur, sans que ce dernier ait lui-même eu la possibilité de choisir ce programme, de manière individuelle. Par analogie, on peut très bien considérer que les services NoD diffusent des émissions à répétitions et s'analysent à l'aune de l'art. 20 du droit d'auteur. Peu importe alors, l'absence d'un seul signal continu¹⁹²⁹. Peu importe aussi le fait que l'utilisateur soit obligé d'initialiser la transmission. Le critère déterminant de qualification tient à l'observation suivante : L'utilisateur ne fait que consulter des œuvres en cours de transmission. A partir du moment où le récepteur ne peut choisir le moment de la transmission des œuvres, ni la chronologie du contenu qu'il souhaite visualiser, l'acte d'utilisation relève bien d'une télédiffusion de point à multipoint réalisée par un émetteur¹⁹³⁰.

Contrairement aux arguments développés en faveur d'une qualification à l'aune du droit de mise à disposition de l'art. 19 a UrhG, les tenants de l'application de l'art. 20 UrhG considèrent que la prise en compte du point de vue subjectif de l'utilisateur en vue d'une qualification juridique d'un service NoD induit en erreur. En effet, la qualification d'un acte d'utilisation d'une œuvre s'apprécie plutôt en fonction de critères objectifs, dont les conditions et les conséquences juridiques sont connues, et non en fonction d'impressions ou de sensations.

A l'encontre des auteurs soutenant une qualification du service NoD à l'aune du droit de mise à disposition prévu à l'art. 19 a UrhG à cause d'une interprétation très stricte du droit de télédiffusion de l'art. 20 UrhG, il faut bien constater que la terminologie employée à l'art. 20 UrhG admet une interprétation très large de ce droit. A l'image de l'art. 15 al. 2 UrhG définissant la communication au public, qui par l'absence d'une liste exhaustive de droits, permet de couvrir des modes d'utilisation d'œuvres jusque là inconnus, le but du législateur allemand, de part la terminologie employée à l'article 20 UrhG est précisément de permettre une adaptation des droits d'exploitation aux nouvelles technologies.

Par ailleurs, on ne voit pas en quoi, le statut juridique limité des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes n'accordant à leur égard qu'un simple droit à rémunération pour une télédiffusion de leurs œuvres, aurait des conséquences juridique sur la qualification de l'acte d'utilisation des œuvres par le biais d'un service NoD. Considérer que les services de NoD s'analysent à l'aune du droit de mise à disposition de l'art. 19 a UrhG relève de la prise en compte d'enjeux économiques et n'est pas le résultat d'une analyse technique des actes d'utilisations en cause. Tel est le point de vue des partisans de l'application de l'art. 20 UrhG. Force est de constater que même la mise en avant de spécificités techniques du Service NoD ne permet pas une qualification juridique précise et non-équivoque de ces utilisations.

2- Prise en compte de critères techniques par la CJUE

im Urheberrecht, 2005, S.63f. ; H. SCHACK : GRUR 2007, 639 (641.f) ; Poll : GRUR 2007, 476 (481) ; Kröger : CR 2001, p. 316 (318) ; Reinbothe : GRURInt. 2001, 733 (736) ; Spindler : GRUR 2002, 105 (108) ; v. Lewinski : MMR 1998, 115 (116).

¹⁹²⁹ H. SCHACK : GRUR 2007, 639 (641).

¹⁹³⁰ Voir à ce sujet : Poll : GRUR 2007, 476 (481) ; v. Lewinski : MMR 1998, 115 (116) ; J. v. UNGERN-STERNBERG in *Schricker*, §19a UrhG, Rn.54 ; Loewenheim/Castendyk, *Handbuch des Urheberrechts*, 2003, §75, Rn.37.

On pourrait penser que le droit de communication tel qu'il est interprété par la *CJUE* échappe plus largement à une approche technique. Il n'en est rien ! La première partie de la thèse a déjà permis de souligner que la *CJUE* avait introduit un nouveau critère inconnu¹⁹³¹ des traités internationaux et des directives de l'UE : le critère de « mode technique spécifique ». Dans l'arrêt *ITV-Broadcasting*, la *CJUE* insiste pour qu'une nouvelle autorisation soit requise, au titre du droit de communication, pour chaque mode technique spécifique de transmission ou de retransmission d'une œuvre. Ainsi, la *CJUE* précise dans cet arrêt « qu'étant donné qu'une mise à disposition des œuvres par le biais de la retransmission sur *internet* d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre se fait suivant un mode technique spécifique qui est différent de celui de la communication d'origine, elle doit être considérée comme une « communication » au sens de l'art. 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Par conséquent, une telle transmission ne saurait échapper à l'autorisation des auteurs des œuvres retransmises lorsque celles-ci sont communiquées au public¹⁹³². Ainsi, dans le cas précis de l'arrêt *ITV-Broadcasting*, lorsque la communication s'effectue dans un autre mode technique, il semble que la condition de public nouveau ne soit plus requise¹⁹³³. Comme le souligne aussi Mme Dusollier, cette distinction est « tendencieuse et casuistique »¹⁹³⁴. Quand est-on en présence d'un mode technique différent ? En effet, on peut souligner que l'arrêt *Airfield*, faire référence à la condition de public nouveau¹⁹³⁵ alors que la transmission de programmes par satellite diffère pourtant techniquement de la télédiffusion classique par les ondes. Dans ce cas cependant, la Cour n'opère pas de distinction suivant le mode technique.

Le recours au « mode technique » par la *CJUE* est particulièrement marquant dans le cadre de l'interprétation de la notion de communication au public dans un contexte *online*. La Cour de justice fait référence à ce critère, sans jamais pourtant reconnaître un mode technique spécifique.

Dans l'arrêt *Svensson* par exemple, la Cour reconnaît un même mode technique, à propos de la pose d'hyperliens sur des œuvres, déjà mises à disposition sur *internet*¹⁹³⁶. Une identité de média n'implique cependant pas une identité des modes techniques¹⁹³⁷. On aurait pu penser que les questions préjudicielles posées par les juridictions suédoises à la *CJUE* à propos d'hyperliens postés sur *internet* dans le but de contourner un système de péage, et renvoyant directement à des programmes sportifs de matchs de hockey sur glace diffusés à la télévision auraient données « du fil à retordre » au juges européens, dans cette ligne de partage des différents « modes techniques »¹⁹³⁸. La juridiction suédoise ayant retiré ses quatre premières questions préjudicielles à la suite de l'arrêt *Svensson*, ne gardant qu'une question liée à la

¹⁹³¹ *Avis proposé au comité exécutif et adopté lors de la réunion du 17 septembre 2014 sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public*, p. 19.

¹⁹³² Arrêt *ITV-Broadcasting*, n°26.

¹⁹³³ Voir le titre 5, « limitation du critère de « public nouveau » au même « mode technique spécifique », dans *Avis proposé au comité exécutif et adopté lors de la réunion du 17 septembre 2014 sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public*, p. 19.

¹⁹³⁴ S. DUSSOLIER, *Note d'observations à propos de l'arrêt Svensson, les hyperliens en droit d'auteur européen: quand tout devient communication* : *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, n°54, avril 2014, p. 49 (54).

¹⁹³⁵ Arrêt *Airfield*, n° 77.

¹⁹³⁶ Arrêt *Svensson*, n°24.

¹⁹³⁷ S. DORMONT, *La liberté de créer un lien hypertexte*, *Commentaire de l'arrêt CJUE*, 13 février 2014, *Svensson c/ Retriever Sverige AB*, : PI, Juillet 2014, n°52, p. 234 (238).

¹⁹³⁸ Arrêt *C-More Entertainment AB*, n°10 à 12.

possible reconnaissance d'un droit exclusif plus étendu au niveau national¹⁹³⁹, les juges européens n'ont pas eu à se prononcer sur les critères de la communication au public dans le cadre de cette affaire pourtant intéressante. Dans l'arrêt *Sanoma*¹⁹⁴⁰ tout comme dans l'ordonnance *Bestwater*¹⁹⁴¹, la *CJUE* ne cesse de rappeler que pour être qualifiée de « communication au public », une œuvre protégée doit être communiquée selon un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou à défaut, auprès d'un public nouveau.

Alors même que cette approche semble tempérée par l'exigence d'un caractère public à tout acte de transmission¹⁹⁴², on ne peut que critiquer le choix de la *CJUE* d'opérer une distinction suivant les « modes techniques ». En effet, le clivage entre modes techniques différents se révèle inadéquat. En effet, « la convergence des techniques de transmission et des médias digitaux risque de rendre très poreuse cette prétendue distinction entre les procédés de transmission »¹⁹⁴³. Lorsque tout service, radio, télévision, *internet* se transmettra sur les réseaux, quelque soit la modalité technique d'accès à ceux-ci, (Par exemple, par câbles, satellite, wifi) la distinction selon un mode technique spécifique sera/est déjà délicate, voir impossible.

Au vu de la convergence des médias, la prise en compte d'un « mode technique spécifique » en vue de qualifier un acte de communication au public est critiquable, puisqu'une telle distinction technique est impraticable.

B- Prise en compte de critères techniques pour la qualification d'un acte de reproduction

La première partie de thèse a montré que contrairement à l'approche allemande, l'approche française lie la notion de reproduction ou de copie soumise au droit d'auteur à sa perception par le public. Le législateur européen lui, définit la reproduction comme la simple fixation ou duplication technique. Dès l'utilisation de nouvelles technologies recourant à des logiciels, il s'est posé la question de la qualification de fixations techniques en tant que reproductions soumises au droit d'auteur. Une reproduction sur le plan technique est-elle une reproduction sur le plan juridique ? Tel semble avoir été le choix du législateur européen, en considérant que toute copie même transitoire, éphémère et provisoire entre dans la définition du droit de reproduction. Au-delà de la difficulté déjà abordée dans la première partie de thèse et liée à la détermination des contours et des frontières du droit de reproduction en tant que droit exclusif et de la reproduction provisoire tout comme des exceptions (1), la compréhension technique d'un acte d'utilisation d'une oeuvre induite et favorisée par une compréhension technique du droit de reproduction entraîne un cumul d'applications du droit de reproduction et du droit de distribution (2).

¹⁹³⁹ Arrêt *C-More Entertainment AB*, n°20 à 21.

¹⁹⁴⁰ Arrêt *Sanoma*, n°37.

¹⁹⁴¹ Arrêt *Bestwater*, n°14.

¹⁹⁴² S. DUSOLLIER, *L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 263 (268).

¹⁹⁴³ S. DUSOLLIER, *Note d'observations à propos de l'arrêt Svensson, les hyperliens en droit d'auteur européen: quand tout devient communication* : Revue du Droit des Technologies de l'Information, n°54, avril 2014, p. 49 (54).

1- Droit de reproduction, reproduction provisoires et exceptions

La compréhension technique du droit de reproduction est dûe à la rédaction de l'art. 2 de la directive *InfoSoc*, une dimension encore renforcée par la Cour européenne (a) et reprise en droit national (b).

a- Critères techniques au niveau européen

L'exception de reproduction provisoire visée à l'art. 5 (1) de la directive *InfoSoc* tente de corriger l'approche purement technique du droit de reproduction. L'application de l'exception de reproduction provisoire requière la satisfaction de conditions techniques et économiques. Les copies doivent être transitoires et accessoires et constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique. L'affaire *Infopaq I* a renforcé la dimension purement technique de ces critères, puisque les juges requièrent une automatisation de la suppression des copies provisoires à la l'expiration de la durée nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné¹⁹⁴⁴. Les autres conditions traduisent plutôt une approche économique et fonctionnelle¹⁹⁴⁵. Par conséquent, seules les copies qui génèrent donc un acte d'exploitation distinct du processus technique dont elles font partie, devraient être soumises au droit de reproduction. En effet, ce qui déclenche l'exception au droit de reproduction est l'absence d'exploitation indépendante de la copie provisoire¹⁹⁴⁶. Dans l'arrêt *Meltwater*, les juges adoptent une compréhension technique de l'acte d'utilisation, consistant à visualiser une œuvre sur l'écran d'un ordinateur. En effet, cet acte de consultation des œuvres sur l'écran d'un ordinateur remplit les conditions de l'art. 5, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc* et relève donc du champ d'application du droit d'auteur¹⁹⁴⁷.

b- Critères techniques au niveau national

Les juridictions nationales sont également amenées à apprécier les actes d'utilisation des œuvres d'un point de vue technique. L'existence d'une „exception“ de reproduction provisoire favorise une appréciation segmentée, technique des actes d'utilisation des œuvres¹⁹⁴⁸. La difficulté consiste à déterminer le degré de prise en compte d'éléments techniques dans le but d'apprécier juridiquement un acte. L'application du droit d'auteur doit-il être technologiquement neutre? La neutralité technologique ne semble justifiée que par sa flexibilité, sa capacité d'adaptation. Le recours aux spécificités techniques ne permet pas

¹⁹⁴⁴ Aff. *Infopaq I*, n°64

¹⁹⁴⁵ S. DUSOLLIER, *L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 263 (266).

¹⁹⁴⁶ S. DUSOLLIER, *ibid.*, p. 267.

¹⁹⁴⁷ Arrêt *Meltwater*, n° 62.

¹⁹⁴⁸ Voir Partie 1, Titre II, Chapitre I, Section II, §2, B.

toujours de déterminer la personne réalisant un acte d'exploitation, ce qui a des conséquences sur la qualification d'un acte d'utilisation. En raison du procédé interactif dans l'affaire *Wizzo* et *internet-Vidorecorder*, il est difficile de déterminer qui du fournisseur de contenu ou de l'utilisateur réalise une reproduction des oeuvres. Même une analyse technique ne permet pas de donner des éléments de réponse. Une compréhension technique d'un acte d'utilisation n'entraîne pas uniquement des difficultés de différenciation entre le droit de reproduction et l'exception de copie privée¹⁹⁴⁹, mais une des difficultés majeur réside dans la distinction entre un acte de reproduction et un acte de reproduction provisoire. Bien que la *CJUE* se soit prononcée dans l'arrêt *Meltwalter* quant à la qualification juridique d'une copie *cache*, le *cache* peut prendre différentes formes et sa qualification juridique suscite des doutes.

A première vue cependant, le considérant 33 de la directive *InfoSoc* semble gommer les incertitudes puisque ce dernier prévoit de manière explicite que le *caching*, relèvant de l'exception de reproduction provisoire, devrait obligatoirement être transposée dans tous les Etats membres. Un examen plus attentif des annotations du code français de la propriété intellectuelle permet pourtant de constater que l'exception de reproduction provisoire ne concerne que « certains *caches* ». On en déduit donc que d'autres *caches* ne relèvent pas de cette exception. Existe-t-il différents types de *caches* entraînant une qualification juridique différente ? La réponse semble positive. On va envisager la qualification juridique sous l'angle du droit de reproduction de deux types de *cache*, qui sont particulièrement répandus, à savoir le *proxy caching* et le *local caching*.

A partir du moment où la technique du « *cache-proxy* » ou du « *local cache* » entraîne la réalisation de copies d'une oeuvre, voir même le stockage des oeuvres sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur dans le cadre du « *local cache* », l'opinion majoritaire¹⁹⁵⁰ considère que ces actes sont couverts par un droit de reproduction défini largement.

Cependant, le fait de savoir si ces reproductions échappent au droit exclusif, au travers de l'application de l'exception obligatoire dite de « reproduction provisoire » prévue à l'art. 5.1 de la directive *InfoSoc*, est très controversée. Certes, le considérant 33 de la directive *InfoSoc* prévoit de manière générale et sans distinction que le *caching* relève de l'exception, mais le juge européen ne s'est pas encore prononcé sur ce point précis. Seul les juges nationaux et la doctrine apportent une réponse différenciée, pas encore unifiée. Selon le type de *cache*, et suivant la manière dont on définit le *cache*, ce processus relève ou non de l'exception. Toute la difficulté consiste à décrire une réalité technique avec des mots. Si l'on considère comme Madame Céline Castet-Renard que le *caching* désigne une « *activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus, qu'un prestataire transmet, dans le seul but de rendre plus efficace la transmission*¹⁹⁵¹ », alors il semble évident que le *caching* relève de l'exception de reproduction provisoire. En effet, l'exception dont on analysera l'interprétation plus en détail dans les développements ultérieurs, prévoit à l'art. 5.1 de la directive *InfoSoc* que les actes de reproduction provisoires sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé, dont l'unique finalité est de permettre : une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou une utilisation licite.

¹⁹⁴⁹ Les difficultés de différenciation entre une reproduction et une copie privée ne sont pas approfondis, car le champ d'application de la copie privée relève aussi de la définition d'autres paramètres, tel le copiste etc...

¹⁹⁵⁰ Voir par exemple, M. WERNER in : J. Ensthaler/S. Weidert, *Handbuch Urheberrecht und internet*, 2010, p.182, n° 85; SCHIPPAN, *ibid.*, p. 94.

¹⁹⁵¹ Voir C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet*, Le Lexique, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, p. 221 et suiv.

Pourtant, les développements précédents décrivant le procédé technique du *caching* ont permis de montrer qu'il ne s'agit pas forcément d'une activité de stockage automatique et que l'utilisateur peut très bien moduler¹⁹⁵² la durée de stockage des données, permettant entre autre un stockage indéterminé, voire illimité des œuvres. Par conséquent, l'on peut considérer que le *caching* ne relève pas de l'exception de reproduction provisoire.

Dans le but de déterminer si le *cache* relève ou non de l'exception de reproduction provisoire, il semble que la distinction entre les différents types de *cache* est importante.

L' idée selon laquelle, la fixation d'une œuvre dans la mémoire « *cache* » d'un utilisateur final aux fins de consultation (*browsing*) ne justifie pas une « autorisation distincte au titre du droit de reproduction »¹⁹⁵³ fait l'objet d'un consensus au niveau de la doctrine française et allemande. Autrement dit, il semble peu controversé que l'exception de reproduction provisoire englobe le processus de « *local caching* ».

En revanche, l'application de l'exception de reproduction provisoire au processus de *proxy-cache* fait l'objet d'hésitations. Il est à première vue tentant de soustraire au droit exclusif les fixations pratiquées par des serveurs intermédiaires (les *proxies*) puisqu'ils visent d'après la formulation utilisée par le considérant 33 de la directive *InfoSoc* « le fonctionnement efficace des systèmes de transmission ». C'est pourquoi un certain nombre d'auteurs allemands et français reconnaissent l'application de l'exception de reproduction provisoire (Respectivement l'art. 44a UrhG en Allemagne, et l'art. L.122-5- 6° *CPI* en France) dans le cadre du processus de *proxy-cache*¹⁹⁵⁴.

Comme le souligne cependant le traité de propriété littéraire et artistique, le processus de *proxy-cache* présente des ressemblances avec un véritable mode d'exploitation ce qui exclut l'application de l'exception de reproduction provisoire. Ce point de vue est également partagé par M. Schack selon lequel le *proxy-cache* n'entre pas dans le champ d'application de l'exception de reproduction provisoire. Selon lui, les *caches* sont volumineux et ne sont pas simplement transitoires, puisque les œuvres sont stockées au niveau de serveur relais¹⁹⁵⁵. De plus, les *proxy-caches* ont une importance économique significative puisque par leur biais les échanges sur le net s'effectuent de manière plus rapide, ce qui permet d'économiser de l'argent. Bien sûr, la qualification juridique d'un *proxy-cache* est étroitement liée à l'interprétation exacte à donner à cette exception de reproduction provisoire. Or l'on va voir au travers des développements ultérieurs, que la définition exacte de l'exception obligatoire relative aux actes de reproduction provisoire, transitoire ou accessoire est difficile à cerner. En effet, le domaine de l'exception de reproduction technique n'est pas précisé par la directive *InfoSoc*. Cette imprécision et d'autres imprécisions rédactionnelles, engendrent une insécurité juridique et rendent l'exception de reproduction peu praticable. Aujourd'hui, bien que constituant la seule exception harmonisée de manière obligatoire par la directive *InfoSoc*, cette exception fait l'objet d'interprétations divergentes par les cours nationales remettant en cause l'harmonisation recherchée, alors même que la *CJUE* tente elle aussi d'interpréter de

¹⁹⁵² N. CRAIPEAU, *op. cit.*, p. 141 : « Dans le cas d'un cache client, la durée de stockage est modulable ».

¹⁹⁵³ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 352, n° 372.

¹⁹⁵⁴ Commentaire de Th. DREIER, in : Dreier/Schulze, Rn. 4. „Erfasst sein können allenfalls solche Vorgänge, die zeitlich begrenzt zum besseren Funktionieren des *internet* beitragen, wie z. B. das *proxy-caching*“. Il en va de même pour Haedicke et pour Schrickler. Revoir ici les Commentaires actuels. A citer. Il en va différemment de Schack.

¹⁹⁵⁵ Au niveau du *local caching* : reste au niveau du disque dur de l'ordinateur, même si l'ordinateur est éteint.

façon autonome cette exception. La question de la qualification juridique d'un *proxy-cache* reste donc ouverte.

Il en va de même pour d'autres types de *caches*, tel le *content-cache*, les *caches* de « moteurs de recherche ». En ce qui concerne les *content-cache*, certains considèrent que l'exception de reproduction est applicable¹⁹⁵⁶. D'autres au contraire, sont de l'avis que le *content-cache* relève du droit exclusif¹⁹⁵⁷, sans application de l'exception¹⁹⁵⁸, comme c'est le cas par exemple lorsque l'on utilise le serveur *Netscape*¹⁹⁵⁹. Pour les *caches* de « moteurs de recherche » (c'est-à-dire de *Google*, de *Yahoo* etc.) réalisés dans le cadre d'une recherche d'images permettant l'indexation de cette image sous forme de vignette, la qualification juridique est très controversée et semble dépendre de la qualité de la vignette image. Dans un arrêt de 2012 concernant les *Vorschaubilder II*¹⁹⁶⁰, les juges du *BGH* considèrent que l'on ne peut pas appliquer l'exception de reproduction provisoire.

Pour conclure, l'exemple du *caching* montre bien la difficulté que l'on a à qualifier juridiquement un tel processus. Le *caching* relève-t-il d'un droit exclusif ou d'une exception ? La réponse n'est pas claire. Pourtant, savoir si le *caching* relève de l'exception obligatoire ou non est crucial. Considérer que le *caching* relève du droit exclusif signifie que tous les utilisateurs ou intermédiaires techniques (hébergeurs, fournisseurs d'accès, développeurs etc.) qui réalisent ces reproductions devront demander l'autorisation des titulaires de droit et payer une rémunération correspondante. Le coût induit serait alors exorbitant et une telle qualification du *caching* limiterait tout bonnement les possibilités de communication des œuvres sur les réseaux numériques.

2- Droit de reproduction et distribution

De même, une appréciation technique d'un acte d'utilisation, entraîne la segmentation d'un acte d'utilisation, la reconnaissance d'une reproduction là où il n'en existait pas autrefois. Ainsi, chaque distribution englobe une reproduction.

Dans l'affaire *usedsoft*, si la revente de la copie téléchargée par le premier acquéreur relève du droit de distribution, la cession d'une licence d'utilisation telle que celle délivrée par *Oracle* à ses clients touche à l'exercice du droit de reproduction¹⁹⁶¹. En effet, la licence d'utilisation permet la fixation d'une nouvelle copie de programme par téléchargement sur *internet* ou par reproduction à partir d'une copie déjà détenue par l'utilisateur. Or l'épuisement d'un droit concerne exclusivement le droit de distribution et non le droit de

¹⁹⁵⁶ Voir par exemple les développements de Welser, Rn.6, 21.

¹⁹⁵⁷ Voir à ce propos la thèse de M. SCHIPPAN, „Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von *internet* und digitaler Technologie“, p. 94.

¹⁹⁵⁸ Voir à ce propos, DREIER/SCHULZE, Rn.4

¹⁹⁵⁹ A. KLETT, *Urheberrecht im internet aus deutscher und amerikanischer Sicht*, S.124. „Da gängige Browser-Softwareprogramme wie etwas Netscape den Inhalt des internen Cache im Computer des Nutzers auch dann noch speichern, wenn die Software geschlossen wird...“.

¹⁹⁶⁰ Voir à ce sujet OLG Jena : GRUR-RR 2008, 223, 224- Thumbnails, von *BGH* GRUR 2010, 628- *Vorschaubilder* nicht erörtert, da §44a jedenfalls wegen wirtschaftlicher Bedeutung abgelehnt. Cependant, l'arrêt *BGH* : GRUR 2012, 604, tz. 14- *Vorschaubilder II*, prévoit explicitement que la reproduction provisoire n'est pas applicable.

¹⁹⁶¹ Conclusions de M. l'avocat général Yves le Bot, présentées le 24 avril 2012, à propos de l'affaire *Usedsoft*, aff. C-128/11, n°96.

reproduction¹⁹⁶². Par conséquent, en cas de revente du droit d'usage de la copie d'un programme d'ordinateur, le second acquéreur ne peut se prévaloir de l'épuisement du droit de distribution de cette copie pour procéder à la reproduction du programme en créant une nouvelle copie¹⁹⁶³.

On peut souligner que la copie en question ne relève pas de la reproduction provisoire de l'art. 5 al. 1 de la directive *InfoSoc*, puisque cette copie a une signification économique propre¹⁹⁶⁴. La copie peut éventuellement relever de l'exception de copie privée, alors même que cette exception n'est pas d'application obligatoire et que son étendue varie d'un pays à l'autre. Selon le droit allemand, on pourrait envisager l'application de l'art. 53 al. 1 UrhG. Comme la copie est « transmise » après l'épuisement du droit de distribution, elle n'est pas de « source illicite »¹⁹⁶⁵. Un prestataire de service commercial achetant des fichiers musicaux utilisés ne pourra pas faire valoir cette exception pour s'exonérer d'un paiement envers l'ayant droit, car les reproductions se seraient pas réalisées pour un usage privé. Le législateur allemand consacre expressément cette solution à l'art. 53 al. 6 UrhG qui dispose que le droit d'auteur allemand interdit la distribution et la communication publique de la copie privée. En France aussi, la copie privée est réservée à un usage strictement domestique et non lucratif et ne peut donc être ni prêtée en dehors du cercle restreint de la famille et des amis, ni revendue¹⁹⁶⁶.

§ 2- Conséquences d'une approche technique pour l'étendue de l'exploitation

Les conséquences d'une compréhension technique de l'exploitation sont au nombre de deux pour l'étendue de celle-ci. Soit l'étendue de la notion traditionnelle de l'exploitation est élargie, en ce sens qu'une compréhension technique de l'exploitation entraîne parfois la simple jouissance d'une œuvre, dans l'orbite du droit exclusif (A). Soit l'étendue de l'exploitation est réduite, puisqu'une compréhension technique de l'exploitation permet d'exclure certains actes d'utilisation des œuvres du champ d'application du droit d'auteur, selon l'argument que l'acte en question ne procure qu'un accès à l'œuvre (B).

A- Prise en compte directe de la jouissance d'une œuvre par la notion d'exploitation: un changement de paradigme ?

Dès lors que l'on retient une définition technique du droit de reproduction, on constate que l'exploitation d'une œuvre, dans un contexte numérique, englobe également sa simple « jouissance » réceptive par un consommateur. Un tel constat remet en cause la notion d'exploitation au sens traditionnel du terme, nécessitant un acte actif de qui s'en prévaut.

¹⁹⁶² Conclusions de M. l'avocat général Yves le Bot, présentées le 24 avril 2012, à propos de l'affaire *Usedsoft*, aff. C-128/11, n°99.

¹⁹⁶³ Conclusions de M. l'avocat général Yves le Bot, présentées le 24 avril 2012, à propos de l'affaire *Usedsoft*, aff. C-128/11, n°100.

¹⁹⁶⁴ BGH, Beschl. v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, CR 2011, 223 – Rz. 17.

¹⁹⁶⁵ N. MALEVANNY, *Die Usedsoft-Kontroverse : Auslegung und Auswirkungen des EuGH-Urteils*, CR 2013, 422-427 (426).

¹⁹⁶⁶ A. LUCAS-SCHLOTTER, *La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur*, in : Mélanges LUCAS, p. 573 (581).

La première partie des développements rappelle que la simple jouissance d'une œuvre dans un contexte analogique, ne fait pas directement l'objet d'un droit d'exploitation (1). Dans un monde numérique, au contraire, la notion d'exploitation recouvre de manière explicite et directe la simple jouissance d'une œuvre remettant ainsi en cause –ce qui par certains auteurs était considéré comme un principe– la « liberté de jouissance de l'œuvre ». La deuxième partie constate donc une augmentation de l'étendue de la notion d'exploitation entraînant en fait un changement plus profond de sa nature (2). Une telle prise en compte de la « jouissance » de l'œuvre par les droits d'exploitation est d'autant plus remarquable, que les actes d'utilisation des œuvres, par des intermédiaires (ex/ *Google*), ne relèvent qu'indirectement du champ de l'exploitation.

1- Notion de jouissance et sa prise en compte par le droit d'auteur, dans un monde analogique

Avant d'analyser la place accordée par le droit d'auteur à la jouissance intellectuelle de l'œuvre dans un monde analogique, il est nécessaire d'apporter des précisions terminologiques quant à la notion de jouissance, souvent source de confusions.

a- Terminologie de « jouissance »

Dans le langage courant, la notion de jouissance est souvent liée à un acte d'usage. Il s'agit alors « d'user d'une chose et d'en tirer les satisfactions qu'elle est capable de procurer¹⁹⁶⁷ » ou « de se servir d'une chose, et d'en percevoir les fruits¹⁹⁶⁸ ». A considérer que l'objet de la jouissance est une œuvre, on parlera alors de la « jouissance d'une œuvre¹⁹⁶⁹ » (en Allemand : *Werkgenuss*). Une analogie un peu osée avec le droit de propriété reviendrait à considérer que l'usufruitier « a la jouissance d'un bien sans en avoir la propriété », tout comme le consommateur jouit d'une œuvre en la lisant, ou en la regardant, sans exploiter à proprement parler cette œuvre. Malgré cette analogie, il est bien difficile de déterminer les caractéristiques exactes de la « jouissance d'une œuvre », une notion qui reste très abstraite.

Afin de concrétiser la notion de jouissance, *Sucker* propose une prise en compte du but ou de la finalité d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. En fait, il y a jouissance de l'œuvre par l'utilisateur dès lors que ce dernier a la possibilité de percevoir ou perçoit effectivement des « informations » émanant de cette œuvre¹⁹⁷⁰. En présence d'œuvres graphiques, la jouissance d'une œuvre peut se caractériser par la perception sensible ou sensorielle de cette dernière. Deux compréhensions de la jouissance sont alors possibles.

Au sens strict, la notion de jouissance peut se comprendre comme une « perception » (en allemand : *Wahrnehmung*). La perception est alors un procédé sensoriel/intellectuel dont la teneur exacte ne peut faire l'objet de développements ici¹⁹⁷¹. On peut citer ici simplement

¹⁹⁶⁷ Voir la définition de la jouissance dans le dictionnaire, le *petit Robert*.

¹⁹⁶⁸ Voir G. CORNU.

¹⁹⁶⁹ Voir par exemple, la terminologie employée dans le résumé de conférence sur le thème du « *Werkgenuss und Werknutzung in der digitalen Welt* » : ZUM 2015, 319.

¹⁹⁷⁰ Voir Reinhard Sucker, « Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht », 2014, p.41.

¹⁹⁷¹ On pense ici par exemple, à la *Phénoménologie de la perception* de M. Merleau-Ponty.

Condillac¹⁹⁷² qui déclarait « J'appelle [...] perception, l'impression qui se produit *en nous* à la présence des objets », ou dans le contexte des présents développements, des œuvres. Au sens large, on peut aussi considérer que la jouissance est directement liée à l'usage d'une œuvre, c'est-à-dire à un comportement actif visant l'œuvre. Il y a alors jouissance de l'œuvre, dès lors que celle-ci est rendue perceptible (en allemand : *Wahrnehmbarmachung*) à un utilisateur/consommateur. L'action de rendre perceptible une œuvre précède directement la perception même de l'œuvre.

Les développements suivants se fondent sur cette dichotomie de la notion de jouissance d'une œuvre. Néanmoins, il faudra envisager de manière séparée la jouissance dans un monde analogique et dans un monde numérique.

b- La jouissance dans un monde analogique

Avant de poser la question d'une prise en compte, certes indirecte de la notion de jouissance par les droits d'exploitations (bb), il faut rappeler le principe de la liberté de jouissance d'une œuvre dans un monde analogique (aa).

aa- Liberté de la jouissance d'une œuvre et sa justification

Avant l'avènement de la numérisation, il était très difficile de contrôler en pratique, le nombre de fois qu'un utilisateur/consommateur écoutait un disque ou lisait un livre¹⁹⁷³. Il va *a priori* de soi que cantonnée à la sphère *privée*, la jouissance de l'œuvre dans un cercle de famille ne constitue pas une communication au *public*. De plus, dans un monde analogique, aucune reproduction n'est nécessaire pour lire ou écouter une œuvre. Par conséquent, il semble que la jouissance d'une œuvre ne relève pas du champ d'application d'une exploitation. De là à considérer que la jouissance ne relève pas du droit d'auteur va un peu loin. C'est pourtant ce qui a été jugé au moins à deux reprises par la Cour fédérale de justice dans les années 1990, la première fois, dans son arrêt *Betriebssystem*¹⁹⁷⁴ et la deuxième fois, dans son arrêt *Holzhandelprogramm*¹⁹⁷⁵. Dans les deux arrêts, la Cour fédérale énonce explicitement, que la simple utilisation d'une œuvre (traduit de l'allemand : *Benutzung* et pas *Nutzung*) renvoyant ici à l'idée de jouissance¹⁹⁷⁶ ne relève *pas* du droit d'auteur. Ainsi, l'utilisation d'un programme d'ordinateur, tout comme la lecture d'un livre, l'écoute d'un disque vinyle, la contemplation d'une œuvre d'art ou d'un film vidéo ne relève pas du champ d'application du droit d'auteur¹⁹⁷⁷. On peut noter que les propos de la Cour fédérale au sujet

¹⁹⁷² Etienne Bonnot de Condillac.

¹⁹⁷³ A. PEUKERT, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut*, in : Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*. Insbesondere : Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, p.11 et suiv.

¹⁹⁷⁴ Voir *BGH* : GRUR 1991, 449, 453 – *Betriebssystem*.

¹⁹⁷⁵ Voir *BGH* : GRUR, 1994, 363, 364 f. – *Holzhandelsprogramm* : «Die reine Benutzung – anders als bei den technischen Schutzrechten – urheberrechtlich nicht erfaßt wird ; d. h., die Benutzung als solche kein urheberrechtlich relevanter Vorgang ».

¹⁹⁷⁶ Selon Kreutzer, l'emploi par le *BGH* de la terminologie de « Benutzung » est à comprendre dans le sens d'une « jouissance réceptive » de l'œuvre. Voir à ce sujet, *Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regulationsalternativen*, p. 270.

¹⁹⁷⁷ Voir l'affaire *Betriebssystem*: « daß die reine Benutzung – im Gegensatz zu den technischen Nutzungsrechten – urheberrechtlich nicht erfaßt wird. Die Benutzung eines Werkes als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Dies gilt für das Benutzen eines Computerprogramms ebenso wie

de l'utilisation d'un programme d'ordinateur traduisent encore l'insouciance vis-à-vis des nouvelles technologies du numérique. En France aussi, la contemplation d'un tableau constitue une simple « jouissance intellectuelle¹⁹⁷⁸ » de l'œuvre, ne relevant pas du champ d'application d'un droit exclusif d'exploitation.

Par extension, il est souvent soutenu en droit d'auteur que la jouissance réceptive d'une œuvre doit être libre¹⁹⁷⁹, par principe de droit¹⁹⁸⁰. Les justifications du projet de loi sur le droit d'auteur de 1965¹⁹⁸¹ sont souvent mentionnées à l'appui de cette position de principe. De plus, on comprend bien que le principe de la libre jouissance d'une œuvre protège la sphère privée de l'utilisateur. La lecture des lois antérieures permet de constater que les lois LUG¹⁹⁸² et KUG¹⁹⁸³ datant respectivement de 1901 et de 1907 mentionnaient déjà le fait selon lequel la communication sous forme incorporelle et la reproduction relève de la sphère privée¹⁹⁸⁴. L'absence de prise en compte de la sphère privée s'explique par des arguments historiques. Les techniques de reproduction étant autrefois trop coûteuses, elles n'étaient exercées que par des professionnels spécialisés (par exemple un imprimeur). Par conséquent, les auteurs ne craignaient pas une atteinte à leurs intérêts. Avec la mise en place des techniques numériques, la situation a changé puisqu'il est désormais possible de communiquer et de reproduire une œuvre de manière rapide, qualitative et économique. On peut donc considérer que les intérêts d'un consommateur/utilisateur recouvrent partiellement les intérêts des auteurs. Aujourd'hui, il est donc nécessaire de se poser la question, qui n'est certes pas nouvelle, puisque déjà abordée en 1965 lors de la rédaction de la loi sur le droit d'auteur mais dont l'importance est grandissante, et qui est celle de savoir, dans quelle mesure des actes du domaine privé relèvent du droit d'auteur.

Comme le souligne aussi M. Peukert, le principe de la « libre jouissance » d'une œuvre ne s'apprécie plus dans les mêmes termes qu'autrefois, puisque l'on se retrouve face à deux possibilités : soit les œuvres présentes sur *internet* font toutes l'objet d'un contrat de licence, soit ce sont des œuvres libres en ce sens qu'une volonté libre s'applique (*schlichte Einwilligung*) sur ces œuvres, dans le sens proposé par l'arrêt *Vorschaubiler I*. Par conséquent, dans le monde numérique actuel, on ne peut plus avancer le soi-disant principe suivant lequel, la jouissance des œuvres doit être libre.

Faut-il approuver le principe de la libre jouissance des œuvres ? Peu importe alors, que l'œuvre ainsi consommée ait été reproduite, communiquée au public ou mise en circulation de manière légale ou illégale. Ainsi, la lecture de la copie illégale d'un manuscrit ne pose pas de

für das Lesen eines Buches, das Anhören einer Schallplatte, das Betrachten eines Kunstwerks oder eines Videofilms ».

¹⁹⁷⁸ Terminologie employée par V.-L. BENABOU et F. GAULLIER, *L'arrêt Meltwater de la CJUE, fonte ou refonte des droits d'auteur ?* : Légipresse n°320 – Octobre 2014, p. 539 (548).

¹⁹⁷⁹ R. SUCKER, *Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht*, 2014, p. 55.

¹⁹⁸⁰ Précisions concernant cette terminologie, voir A. METZGER, *Extra legem, intra jus : Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, p. 13 ff., 26. Selon Metzger, un principe général de droit est une norme de droit, qui n'est pas ou pas totalement reconnu des règles de droit de l'ordre juridique en question et qui sont déduites des règles de droits internes, externes, ou/et historiques.

¹⁹⁸¹ Voir à ce propos le texte du projet de loi (BT-Dr.IV/270), précisant : « Der rezeptive Genuß des Werkes durch Lesen, Hören oder Anschauen ist dem Recht des Urhebers nicht unterworfen ; hierzu bedarf es niemals seiner Erlaubnis ».

¹⁹⁸² « Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst » (LUG).

¹⁹⁸³ « Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie » (KUG).

¹⁹⁸⁴ E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auflage, 1980, p. 296.

problème sur le plan du droit d'auteur, tout comme l'écoute de l'enregistrement illégal d'un concert ou la réception d'une émission radio pirate¹⁹⁸⁵. Cette idée est corroborée par le principe de la libre réception. Par analogie avec la télédiffusion, le monopole des ayants droits ne touche pas la sphère de réception¹⁹⁸⁶.

De plus, peut-on véritablement considérer que la « jouissance » d'une œuvre est totalement libre, dans un monde analogique ? La jouissance d'une œuvre ne relève-t-elle pas intrinsèquement du droit d'auteur ?

bb- Prise en compte indirecte de la jouissance par les droits d'exploitation ?

Selon l'art. 11 S.1 UrhG¹⁹⁸⁷, le droit d'auteur allemand protège « l'auteur dans ses intérêts moraux et personnels en relation avec l'œuvre et son *utilisation*¹⁹⁸⁸ ». Généralement, il y a utilisation de l'œuvre, dès lors qu'une œuvre est lue, entendue, ou rendue perceptible de toute autre manière¹⁹⁸⁹. On peut donc considérer que la « jouissance » d'une œuvre constitue une *utilisation* de celle-ci, au sens de l'art. 11 S. 1 UrhG de la loi sur le droit d'auteur allemand¹⁹⁹⁰. Cette interprétation ne fait pourtant pas l'unanimité¹⁹⁹¹. Il est vrai que l'art. 15 UrhG, tout comme l'art. L. 122-1 *CPI*¹⁹⁹² en France qui emploie tout deux la terminologie de droits *d'exploitation*, ne saisissent pas directement la « jouissance » des droits. En effet, la rédaction de l'art. 15 UrhG ne mentionne pas que l'auteur a par exemple, le droit exclusif de lire, d'écouter ou de contempler une œuvre.

L'absence de référence à la « jouissance d'une œuvre » est particulièrement claire concernant la rédaction de l'art. 17 UrhG a propos du droit de distribution. Dans un premier temps, en effet, le droit de distribution ne concerne que l'offre et la mise en circulation d'une œuvre à un public¹⁹⁹³: il s'agit alors plutôt d'éloigner l'œuvre d'un utilisateur/consommateur. Ce n'est que dans un deuxième temps, que sa diffusion entraînera une perception par un plus grand nombre de personnes. De même, que ce soit en droit français ou en droit allemand, l'acte de reproduction d'une œuvre n'a pas pour but premier de permettre la jouissance d'une œuvre, mais plutôt la création d'exemplaires supplémentaires d'une œuvre pouvant être « possédées »-, permettant par la suite une jouissance de l'œuvre. Par là même, l'acte de

¹⁹⁸⁵ Voir J. EICHELBERGER, *Urheberrecht und Streaming*, manuscrit.

¹⁹⁸⁶ Th. CHIOU, *Streaming et droit d'auteur, Analyse des enjeux juridiques de la diffusion en streaming des œuvres protégées, sous la lumière du droit d'auteur français, Editions universitaires européennes*, 2010, p. 57.

¹⁹⁸⁷ Voir l'article 11 S.1 UrhG, « Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes ».

¹⁹⁸⁸ Traduction de l'article 11 S. 1 UrhG du site *internet franco-allemand Bijus*.

¹⁹⁸⁹ G. SCHULZE, NJW 2014, 721 (723).

¹⁹⁹⁰ Voir par exemple, G. SCHULZE in *Dreier/ Schulze*, 5. A., § 11 Rn. 4 ; voir aussi G. SCHULZE : ZUM 2000, 126 (130) ; SCHULZE, NJW 2014, 721 (723).

¹⁹⁹¹ Voir par exemple, ROEBER, UFITA 21 (1956/I), 150, 160 f., qui rejette la qualification juridique de la *jouissance* d'une œuvre en tant qu'utilisation – ou suivant la terminologie française d'exploitation– au sens de l'article 11 UrhG.

¹⁹⁹² Art. L.122-1 UrhG : « Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ».

¹⁹⁹³ Voir A. PEUKERT, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*.

reproduction est une étape intermédiaire, ne caractérisant pas principalement la jouissance d'une œuvre¹⁹⁹⁴.

De même, le droit d'exploitation sous forme incorporelle de l'art. 15 al.2 UrhG ne saisit pas non plus directement la jouissance d'une œuvre. Bien que la terminologie de « communication » d'une œuvre est la plus à même pour décrire l'action permettant de « rendre perceptible » une œuvre, l'exclusion de la jouissance d'une œuvre du champ de l'exploitation sous forme incorporelle résulte bien de la volonté du législateur. Ceci est particulièrement vrai en droit allemand. En effet, l'art. 15 al. 2 UrhG ne prévoit pas de manière générale que l'auteur bénéficie d'un droit exclusif d'exploiter son œuvre sous forme incorporelle, mais bien seulement, d'un droit de communication au public. En pratique, dès lors que le consommateur lit un roman en silence, écoute de la musique, ou contemple une œuvre d'art, bref perçoit une œuvre de manière individuelle, ce dernier ne communique pas l'œuvre, ni sous forme corporelle, ni sous forme incorporelle. Dès lors que le consommateur lit un texte à voix haute, joue lui même un morceau de musique, ou agit de telle sorte que l'œuvre soit rendue perceptible, alors il faut veiller à ce que ces actes n'atteignent pas la sphère publique, mais restent cantonnée à la sphère privée. En présence d'un public, il y aurait donc communication au public et non plus jouissance de l'œuvre. A partir du moment où la perception d'une œuvre ne présente pas à proprement parler de caractère public¹⁹⁹⁵, la notion de communication au public n'englobe pas directement la notion de jouissance.

Le droit de représentation de l'art. L.122-2 *CPI* ne faisant pas directement allusion au caractère public englobe-t-il la jouissance d'une œuvre par un utilisateur, dans le cadre d'un cercle de famille, par exemple ? Tout dépend de la nature de l'exception prévue à l'art. L.122-5-1° *CPI*. A considérer que l'art. L.122-5-1° *CPI* ne constitue pas une véritable exception, mais ne fait que prendre en compte les hypothèses « naturelles » dans lesquelles le droit n'est pas mis en jeu¹⁹⁹⁶, alors le concept de représentation se définit comme une communication à un public d'exploitation, et n'englobe donc pas la notion de jouissance individuelle de l'œuvre. A *contrario*, dès lors que l'art. L. 122-5-1° *CPI* constitue une véritable exception au droit de représentation, alors ce droit de représentation peut englober la simple jouissance d'une œuvre, c'est-à-dire sa perception, ou le fait d'être rendue perceptible dans le cadre d'un cercle de famille.

Bien que la prise en compte de la jouissance d'une œuvre par les droits d'exploitation n'est pas des plus évidente, c'est justement la possibilité de lire et d'écouter une œuvre qui stimule son exploitation. C'est donc bien l'attrait qu'exerce la création sur l'amateur qui va déterminer le mouvement de consommation¹⁹⁹⁷. Ainsi, on ne peut pas imaginer qu'un utilisateur reproduise, distribue ou télédiffuse une œuvre, sans que cette œuvre soit perceptible *in fine*¹⁹⁹⁸. Le dénominateur commun de tous les droits d'exploitation est bien le fait que les actes entraînant l'application des droits en question précèdent la jouissance d'une œuvre. Par conséquent, même si le droit d'auteur ne reconnaît pas un droit de jouissance à part entière (en Allemand : *Werkgenussrecht*), c'est bien de manière *indirecte* que la jouissance est prise en

¹⁹⁹⁴ On peut souligner par exemple, que l'arrêt *BGH* : GRUR 2008, 245, 247 (Rn.24) – *Drucker und Plotter I*, distingue entre la jouissance d'une œuvre et sa reproduction.

¹⁹⁹⁵ « Einen öffentlichen Werkgenuss kann es damit nicht geben ».

¹⁹⁹⁶ Ph.GAUDRAT, JCL, Fasc.1242, Règles générales, droit de représentation, n° 6.

¹⁹⁹⁷ Voir Ph. GAUDRAT, Fasc.1242, Règles générales, droit de représentation, n° 12.

¹⁹⁹⁸ G. SCHULZE, NJW 2014, p. 721 (723).

compte par les droits d'exploitation. En droit allemand, on parlera alors d'un « système de marches », permettant indirectement de tenir compte du consommateur final¹⁹⁹⁹.

Jouant généralement le rôle d'intermédiaire dans la chaîne reliant l'auteur créateur au consommateur final, l'exploitant –dans un monde analogique– va le plus souvent répartir la rémunération entre les parties. L'exploitant ouvrant la voie à la jouissance de l'œuvre, les utilisateurs finaux sont prêts à payer ce dernier. Ainsi, le spectateur d'une salle de cinéma ne fait que voir le film qui lui a été mis à disposition et paye pour ce faire²⁰⁰⁰. C'est ce qui pousse certains auteurs allemands²⁰⁰¹, à partager l'avis selon lequel, la perception potentielle d'une œuvre par l'utilisateur justifie le droit à rémunération de l'auteur tel qu'il est par exemple prévu en droit allemand à l'art. 11 S. 2 UrhG. La loi allemande du 22.03.2002 a en effet ajouté une deuxième phrase à l'art. 11 UrhG affirmant ainsi le but poursuivi par le droit d'auteur allemand qui consiste à offrir une sécurité financière et économique à l'auteur²⁰⁰². On peut noter qu'une telle argumentation a également été suivie par la Cour fédérale de justice lorsqu'elle précise dans son arrêt *Grundig-Reporter*²⁰⁰³, que la jouissance de l'œuvre justifie une rémunération équitable de l'auteur²⁰⁰⁴.

Ainsi, même dans un monde analogique, le droit d'auteur ne fait pas totalement abstraction de la « jouissance d'une œuvre ». Même si la jouissance d'une œuvre n'est pas directement prise en compte par l'exploitation, elle justifie souvent une rémunération de l'auteur.

2- Prise en compte directe de la jouissance par la notion d'exploitation dans un monde numérique

Dès lors que la notion de reproduction est comprise dans un sens technique, on va voir que la simple « jouissance » d'une œuvre, dans un contexte numérique – c'est-à-dire à l'aide d'un PC, d'une tablette, ou d'un téléphone portable– est englobée par la notion d'exploitation.

Non seulement, la prise en compte *directe* de la notion de jouissance par la notion d'exploitation remet en cause le « principe » même selon lequel la jouissance n'entre pas dans

¹⁹⁹⁹ En allemand, on parlera de « *Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers* ».

²⁰⁰⁰ Voir entre autres : V.-L. BENABOU, F. GAULLIER, *L'arrêt Meltwater de la CJUE, fonte ou refonte des droits d'auteur ?* Légipresse, n°320, octobre 2014, p. 539 (548) ; Ph. GAUDRAT, JCL, Fasc.1242, Règles générales, droit de représentation, n° 12.

²⁰⁰¹ Voir par exemple : A. PEUKERT, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut*, in : Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, p. 11, 24 ; J. v. Ungern-Sternberg in : Schricker/Loewenheim, 4. A., § 15 Rn. 11 ; voir aussi Schulze : ZUM 2011, 2, 5 : « Denn im Ergebnis soll nur diese Nutzung vergütet werden. Niemand würde Werke produzieren und vertreiben, wenn er auf diesem Wege nicht vom Endverbraucher den Preis für den Werkgenuss kassieren könnte ».

Au contraire, ne partagent pas cet avis : Flume, UFITA 39 (1963/I), 1, (6) qui considère que c'est bien l'exploitation d'une œuvre et non sa simple jouissance qui permet de justifier une rémunération de l'auteur. De même Häuptli, *Vorübergehende Vielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht*, 36, considère que le droit d'auteur n'a pas été créé dans le but de procurer une rémunération à l'auteur, dès lors que son œuvre est perçu par un utilisateur.

²⁰⁰² Voir à ce sujet : BT-Drucks 14/8058, S. 18.

²⁰⁰³ BGH : GRUR 1955, 492, 496 – Grundig-Reporter, ci-après « l'arrêt Grundig-Reporter ».

²⁰⁰⁴ Traduction de l'allemand : « so ist es letztlich gerade der Werkgenuss des einzelnen [...], der die innere Rechtsfertigung für den Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung bildet ».

le champ d'application du droit d'auteur, mais en plus, cela constitue un nouveau critère supplémentaire permettant de définir l'exploitation. Dans un monde numérique, le contenu de l'exploitation se trouve donc changé par rapport au monde analogique. Un tel changement ne surprend pas, puisque la lecture d'un livre avec un PC, tout comme la consultation d'une œuvre sur l'écran d'un ordinateur entraîne effectivement des reproductions, pouvant (dès lors que les conditions sont remplies) s'annuler par le jeu des exceptions. Par conséquent, il y a bien un changement de paradigme par rapport au monde analogique, puisque la lecture d'un livre ne nécessite pas un acte de reproduction. Ce changement de paradigme justifie-t-il la prise en compte de la *jouissance* d'une œuvre comme critère de l'exploitation ?

a- Prise en compte directe de la jouissance d'une œuvre par le droit de reproduction, en raison de nouvelles possibilités techniques

Actuellement, au vu de la rédaction des textes internationaux et des directives européennes imposant une certaine rédaction de la loi sur le plan national, la fixation temporaire dans la mémoire vive du PC, alors même que cette reproduction est conditionnée par des aspects techniques, est englobée par un droit d'exploitation. Ainsi dès lors qu'un internaute se contente de consulter des œuvres de l'esprit reproduites licitement sur un site *internet*, sans les télécharger, ni les imprimer, réalise-t-il une exploitation de l'œuvre, sous la forme d'une reproduction ? Peut-on même considérer que la simple consultation d'un site *internet* met en œuvre le *monopole* de l'auteur, nécessitant l'autorisation du titulaire de droits ? C'est à ces questions qu'a répondu la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Metwater* rendu le 5 juin 2014. A ces interrogations, la Cour de justice a « dit pour droit » que la simple consultation relevait de l'exception de reproduction transitoire et provisoire de l'art. 5.1 de la directive 2001/29/CE. Il en résulte que les copies sur écran et les copies en *cache* effectuées par un utilisateur final au cours de la consultation d'un site *internet* dont l'éditeur a respecté le droit d'auteur relève certes du droit de reproduction mais pas du monopole de l'auteur, puisque l'exception de reproduction provisoire est mise en jeu.

Le résultat concret de cet arrêt est satisfaisant. En effet, s'il ne fait rien d'autre, l'internaute n'a pas à solliciter d'autorisations et il n'est pas contrefacteur. C'est bien plus le raisonnement de la Cour qui suscite la critique. Comme le souligne à juste titre M. Caron, « la solution est sage, sauf à ce que le droit d'auteur s'immisce beaucoup trop dans la vie privée des internautes ». En effet, la consultation des œuvres présentées sur un site *internet* permet à l'utilisateur de percevoir ces œuvres, et donc de jouir de ces dernières. Pourquoi considérer que cette jouissance intellectuelle du droit d'auteur relève du droit d'auteur ? Ne peut-on pas simplement considérer que la perception individuelle d'une œuvre ne relève pas de la définition des droits d'exploitation ? Pourquoi prévoir une exception, en vue d'autoriser la jouissance intellectuelle d'une œuvre ? La jouissance intellectuelle d'une œuvre par les consommateurs, n'est-elle pas ce qui motive les artistes à créer ? Pourquoi alors créer une exception, pour réglementer ce qui relève d'un principe ?

Poussé à bout, le raisonnement de la Cour de justice revient à considérer que la jouissance d'une œuvre relève d'une exploitation. Cette déduction n'est pas clairement mise en évidence par la Cour puisqu'elle ne dit pas explicitement pour droit que la « jouissance d'une œuvre » constitue une exploitation. Néanmoins, les développements de l'arrêt *Meltwater* portent à confusion. En effet, au terme de l'examen rapide de la condition d'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre au sens du triple test, elle considère précisément que « la consultation des sites *internet* par le procédé technique en cause présente une *exploitation* normale des œuvres [...] qui permet aux internautes de bénéficier de la communication au

public faite par l'éditeur du site *internet* concerné ». Le lien est ici clairement fait entre la *consultation* d'une œuvre constituant une simple *jouissance* de l'œuvre et l'*exploitation* de celle-ci. Certains commentaires français considèrent qu'il ne s'agit là que d'une maladresse terminologique puisque « l'emploi de l'expression *exploitation* semble inapproprié s'agissant d'un acte réalisé par un utilisateur final²⁰⁰⁵ ». Dès lors que la consultation d'une œuvre entraîne l'application de l'exception de reproduction provisoire, la consultation d'une œuvre a forcément été qualifiée de reproduction, en amont. Par conséquent, la terminologie de la Cour semble cohérente, dès lors que la notion d'exploitation n'est pas uniquement comprise dans le sens d'un monopole d'exploitation. L'emploi d'une terminologie cohérente ne signifie cependant pas que le raisonnement juridique de la Cour, dans son ensemble, soit à approuver²⁰⁰⁶.

Malgré l'argumentation développée par la *CJUE* dans l'arrêt *Meltwater*, le doute reste présent quant au fait de savoir si la jurisprudence confirme le constat suivant lequel, la notion d'exploitation englobe la simple jouissance d'une œuvre. On a presque l'impression qu'il s'agit d'un « dégat » collatéral. Comme le souligne aussi Sucker, on a l'impression que le droit de reproduction n'englobe la jouissance d'une œuvre que par le hasard.

En fait, on peut même considérer que le droit de reproduction, n'englobe la jouissance d'une œuvre que par hasard, en raison de la perception. En effet, la prise en compte de la jouissance d'une œuvre ne correspond pas au sens premier du droit. En effet, le droit de reproduction a en fait principalement pour but d'éviter une compétition entre le copiste et le titulaire de droit. Or, justement, dans le cas de la jouissance d'une œuvre, dans un contexte numérique, il n'y a pas la création d'un exemplaire « durable » d'une œuvre, c'est pourquoi, on ne peut pas véritablement considérer que l'utilisateur concurrence le titulaire de droit. C'est ce que prévoit aussi la Commission dans une communication, en précisant que « reproduire » et « copier », ce n'est pas la même chose.

La prise en compte de la jouissance de l'œuvre est une réaction à la mise en place des nouvelles technologies. En englobant la jouissance d'une œuvre dans la définition du droit d'exploitation, cette jouissance est alors considérée comme une utilisation de l'œuvre. La jouissance devient donc une possibilité d'utilisation d'une œuvre pouvant être transférée²⁰⁰⁷. D'ailleurs, on ne peut plus considérer que la jouissance, comme dans le monde analogique d'une œuvre dans une sphère privée » ne peut être contrôlée. En fait, les problèmes pratiques de prise en compte de la jouissance de l'œuvre ne se posent plus : en effet, on peut très bien considérer tenir compte de la jouissance de l'œuvre. Comme les problèmes pratiques de prise en compte de la jouissance d'une œuvre n'ont plus lieu d'être, les arguments en faveur d'une libre jouissance de l'œuvre n'ont plus non plus lieu d'être non plus. Bien sûr, on en arrive à une dichotomie entre le monde analogique et le monde numérique. Dans le domaine numérique, il peut cependant aussi y avoir des difficultés à prendre en compte la jouissance de l'œuvre.

²⁰⁰⁵ Au vu de l'interactivité rendue possible par les technologies numériques il est étonnant de constater que certains commentaires français considèrent qu'un utilisateur final ne peut réaliser une acte d'exploitation. Voir par exemple les développements à propos du *streaming*.

²⁰⁰⁶ Le chapitre précédant a déjà permis de mettre en lumière les lacunes du raisonnement juridique de l'arrêt *Meltwater*.

²⁰⁰⁷ On parle en allemand de «*transferierbaren Nutzungsmöglichkeiten*».

b- Appréciation critique des conséquences

Bien sûr, l'ensemble des conséquences découlant de la prise en compte de la jouissance de l'œuvre dans le champ de l'exploitation ne peut être abordée dans le paragraphe suivant. Mise à part, l'application des exceptions, la prise en compte de la jouissance de l'œuvre au niveau de l'exploitation d'une œuvre entraîne une expansion du droit d'auteur, dû à de nouvelles possibilités d'exploitation des œuvres. Par conséquent, un certain nombre d'auteurs s'empressent de parler d'une certaine hypertrophie. Du point de vue des titulaires de droits, cette expansion du champ d'application des droits d'exploitation ne présente que des avantages. En fait, le titulaire ne se contente plus de contrôler la transmission d'une œuvre, mais bénéficie d'un autre critère de rattachement, dans le but de contrôler l'utilisation de l'œuvre. On n'a donc pas seulement une modification de l'étendue de l'exploitation, mais aussi une modification des critères de l'exploitation. Du point de vue de l'utilisateur, cette situation est intolérable, car le titulaire de droit peut contrôler l'utilisation en question.

Ainsi, la prise en compte directe de la jouissance des œuvres, peut être liée à une grande insécurité juridique. En effet, l'utilisateur devrait avant chaque jouissance digitale d'une œuvre (Par exemple, dans le cas du *browsing* au niveau de *l'internet*) vérifier et juger si le titulaire des droits a donné son consentement. Concrètement, il faut bien remarquer que l'utilisateur ne peut aucunement distinguer, si l'auteur a donné son consentement ou non, d'où un doute constant sur le fait de savoir, s'il se comporte de manière illégale ou pas.

Certains auteurs considèrent néanmoins, que l'étendue du droit d'exploitation ne s'apprécie en fait qu'après la prise en compte des exceptions, si bien qu'il n'est pas aussi scandaleux, que la jouissance de l'œuvre relève du droit de reproduction provisoire. En effet, on peut très bien considérer que l'exception permet de réguler les aspects négatifs.

Par conséquent, si l'on considère que la jouissance de l'œuvre relève de l'exploitation, alors il faut aussi que la jouissance soit autorisée par le titulaire de droit. En fait, trois formes d'autorisation sont possibles, que ce soit de manière explicite ou implicite. Cela signifie d'une part, que le titulaire de droit peut contrôler la jouissance de l'œuvre sur le plan contractuel. Il existe aussi le phénomène de la cession (*die Einwilligung*). Là, on fait donc à nouveau une allusion à *internet-Videorecorder I et II*.

B- Prise en compte de l'accès à l'œuvre, dans la notion d'exploitation ?

« Cette ère nouvelle voit les réseaux prendre la place des marchés et la notion d'accès se substituer à celle de la propriété »²⁰⁰⁸. L'utilisation de nouvelles technologies numériques, c'est-à-dire « l'âge de l'accès » à l'œuvre entraîne-t-elle une « révolution du droit d'auteur » ? Une analyse plus poussée est nécessaire. D'une part, on a toujours opposé le « droit à l'accès » au droit d'auteur. Ainsi, les utilisateurs ne voulant pas payer le titulaire de droits lors de l'exploitation d'une œuvre ont souvent argumenté sur le fondement du droit à l'expression, du droit à l'information. Par extension, c'est aussi le droit de la concurrence qui a été évoqué. Les exceptions classiques au droit d'auteur cherchent également à « réguler » les tensions internes et à permettre aux utilisateurs, aux plus faibles, un accès aux œuvres. Peut-on néanmoins considérer que le droit d'auteur constitue un droit *sur* l'accès à l'œuvre ? Le droit exclusif d'exploitation en droit d'auteur a-t-il pour objet de permettre un accès aux œuvres ?

²⁰⁰⁸ J. RIFKIN, *L'âge de l'accès – La révolution de la nouvelle économie*, 2000.

1- Principe : Les actes ne permettant qu'un accès à l'œuvre ne peuvent être qualifiés d'exploitation

Par principe, les droits exclusifs de reproduction et de représentation en droit d'auteur sont des droits d'exploitation et non des droits offrant un accès aux œuvres. C'est ce qui justifie le principe général de l'indépendance de la propriété corporelle et de la propriété incorporelle (a), et permet de distinguer les actes d'exploitation d'une œuvre des actes techniques ne permettant que de faciliter l'accès à une œuvre (b).

a- Séparation propriété corporelle/propriété intellectuelle

aa- Exposé du principe de l'indépendance de la propriété corporelle et de la propriété incorporelle.

A première vue, l'objet du droit d'auteur consiste à accorder un monopole à l'auteur pour l'exploitation d'une œuvre et non pour permettre un accès à l'œuvre. Dans certaines hypothèses, la propriété corporelle peut conférer un monopole de fait. Néanmoins, ce monopole est limité. En effet, le propriétaire peut tout au plus interdire l'accès à l'œuvre, non sa reproduction ou sa représentation. Par exemple, le propriétaire d'un tableau ne peut s'opposer à une reproduction de l'œuvre autorisée par les héritiers du peintre²⁰⁰⁹. On distingue donc les contrats d'exploitation des contrats ne permettant que l'accès à l'œuvre, tel les prestations de marchandises ou les prestations de services.

bb- Nuances : Reconnaissance d'un droit d'accès en faveur du titulaire de droits d'auteur ?

Peut-on considérer que le droit exclusif englobe aussi un droit d'accès à l'œuvre ? Tel est le point de vue abordé par Mme Ginsburg, lorsqu'elle considère que « [...] in the digital environment, the « exclusive Right » that the Constitution authorizes Congress to secure to authors is not only a « copy-right », but an access right [...] »²⁰¹⁰. On peut très bien forcer le trait et analyser le droit d'auteur, sans l'angle d'un droit d'accès. Par exemple, le droit d'auteur ne permet-il pas indirectement de contrôler l'accès aux exemplaires d'une œuvre par les utilisateurs, en introduisant par exemple un droit de distribution ? Le droit de reproduction ne permet-il pas indirectement de contrôler l'accès par les utilisateurs à des exemplaires contrefaits ? Le droit de mise à disposition, tel que formulé à l'art. 8 WCT, n'accorde-t-il pas de l'importance à l'accès à l'œuvre par les utilisateurs ? L'introduction du droit de reproduction technique souvent incontournable pour acheminer une œuvre ne permet-il pas non plus de contrôler l'accès aux œuvres par les utilisateurs ? Au delà de la définition des droits exclusifs, la possibilité d'utiliser des mesures techniques de protection ne permet-elle pas un contrôle de l'accès à l'œuvre par le droit d'auteur ?

Selon Mme Ginsburg, « (...) the access right is an integral part of copyright, and therefore should be subject to exceptions and limitations analogous to those that constrain copy-

²⁰⁰⁹ TGI Paris, 1^{re} ch., 8 janv. 1992 : *JurisData* n°1992-044192

²⁰¹⁰ J. GINSBURG, *From Having Copies to Experiencing Works : the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, 2000.

right »²⁰¹¹. Le droit exclusif englobant un droit d'accès, le droit d'accès devrait être à son tour régulé et faire l'objet d'exception. Cela permet d'opposer le droit *sur* l'accès au droit *à* un accès.

Même si traditionnellement, les droits exclusifs d'exploitation en France comme en Allemagne ne sont pas à comprendre comme des droits sur l'accès à une œuvre, on peut considérer que les deux droits nationaux reconnaissent un droit d'accès en faveur des titulaires de droits, remettant en cause le principe de l'indépendance de la propriété corporelle et de la propriété incorporelle.

En effet, le titulaire des droits patrimoniaux en France peut dans certains cas exiger, en se référant à l'art. L.111-3 alinéa 2 *CPI*, la mise à sa disposition du support en vue de permettre une exploitation de l'œuvre. Le texte ne prévoit généralement l'intervention du juge que si le refus du propriétaire de l'objet matériel est notoirement abusif. En cela, le droit d'accès français va moins loin que le droit d'accès reconnu par l'art. 25 de la loi allemande.

b- Les actes techniques ne relèvent pas d'une exploitation

D'autres actes ne permettent pas une exploitation. Ce sont les actes permettant simplement l'accès aux œuvres.

aa- Disposition prévues par la directive *InfoSoc*

C'est cette idée générale qui justifie la rédaction du considérant 27 de la directive *InfoSoc* prévoyant que « la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive ». Les développements en première partie de thèse ont montré qu'il n'est cependant pas toujours évident de différencier sur le plan technique, un acte d'exploitation d'un acte ne permettant que l'accès à l'œuvre.

bb- Argumentation technique traditionnelle des intermédiaires

Comme déjà mentionné, les intermédiaires qui se divisent de manière simplifiée en deux catégories, à savoir les opérateurs/fournisseurs et les hébergeurs aiment se qualifier comme tel puisqu'ils interviennent entre les diffuseurs de contenu et les destinataires de cette diffusion numérique que sont les internautes. Les intermédiaires aiment passer pour de simples prestataires techniques, et soulignent régulièrement que leur existence est imposée par des nécessités techniques du fonctionnement des réseaux. Ne facilitant qu'un accès aux œuvres, les intermédiaires soulignent que leurs actes d'utilisation des œuvres ne relèvent pas des droits d'exploitation d'auteur.

L'exonération de responsabilité des opérateurs des réseaux et des fournisseurs d'accès ?

²⁰¹¹ J. GINSBURG, *From Having Copies to Experiencing Works : the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, 2000.

Le « lobby » des intermédiaires est parvenu à influencer le législateur européen, lors de l'adoption de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 (dite directive *E-Commerce*, sur le commerce électronique) et de la directive *InfoSoc* vers l'exonération de toute responsabilité de leur part pour les contenus qu'ils transmettent ou dont ils permettent simplement l'accès. Les lois qui transposent ces directives au niveau national reprennent cette tendance.

En France, la loi pour la confiance dans l'environnement numérique²⁰¹² –LCEN– transposant la directive E-Commerce tend à reconnaître le principe de l'irresponsabilité des prestataires techniques.

En somme, les opérateurs des réseaux et fournisseurs d'accès voient leur responsabilité exonérée sauf lorsqu'ils agissent sur du contenu illicite²⁰¹³. A supposer que les opérateurs de réseaux et les fournisseurs d'accès réalisent des actes de reproduction provisoires, ces derniers seront couverts par l'exception introduite par la loi *DADVSI* à l'art. L.122-5-6°*CPI*, les exonérant de toute responsabilité.

La responsabilité des hébergeurs

Les hébergeurs jouissent d'un régime particulier de responsabilité pour les contenus qu'ils hébergent. En France, ce régime est prévu par la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN). Cependant, le développement du *web 4.0* et des sites communautaires de partage a brouillé leur statut établi par la loi LCEN, comme le montre la jurisprudence.

Le régime spécial de la responsabilité des hébergeurs 1.0

N'étant pas à l'origine de la diffusion de contenu sur *internet*, et n'exerçant pas une activité éditoriale de contenu²⁰¹⁴, il ne fait pas de doute que dans le monde du *web 1.0*, les actes d'utilisation des œuvres réalisées par des hébergeurs ne peuvent être qualifiés d'exploitation. Limités au statut de prestataire technique, leur responsabilité était et est donc toujours allégée.

Ainsi, conformément à l'art. 6-I-7 de la loi française LCEN, les hébergeurs n'ont pas d'obligation générale de surveillance, ni des informations transmises, ni du contenu qu'ils stockent. Ils ne doivent pas non plus rechercher les faits ou les circonstances relevant d'activité illicites. De plus, les art.s 6-I-2 et 6-I-3 de la LCEN établissent en outre l'exonération de la

²⁰¹² Voir à ce sujet l'article 9.1 de la LCEN (reprenant l'article L.32-3-3 et l'article L.32-3-4 du Code des Postes et de Télécommunication– CPCE).

Selon l'article L. 32-3-3 de la LCEN, « toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ou de fourniture d'accès à un réseau de communications électroniques ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée en raison de ses contenus que dans le cas où, soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission».

L'article L. 32-3-4 du CPCE introduit une présomption de la non-responsabilité des intermédiaires en prévoyant une exonération pour le stockage temporaire en tant que tel. Le stockage automatique doit servir « exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication » et sa durée ne doit pas excéder « le temps raisonnable nécessaire à la transmission ».

²⁰¹³ Voir en ce sens : M. COULAUD et J-S. MARIEZ, *L'évolution des œuvres sur les réseaux numériques ou le choix du monde contractuel* : RLDI 2008, n°34, Jan. 2008, p. 53 et aussi P. SIRINELLI., *Livre blanc du SNEP*, 26 octobre 2007 où il parle de « *neutralité historique* » des intermédiaires.

²⁰¹⁴ Voir TGI Paris, 19 octobre 2007, aff. *Google I* : RLDI 2007, n°32, Nov. 2007, p. 21.

responsabilité civile et pénale des hébergeurs au cas où « ils n'avaient pas *effectivement* connaissance de caractère illicite [des contenus hébergés] » ou « au cas où ils n'ont pas agi promptement pour retirer les données illicites ou en rendre l'accès impossible alors qu'ils en ont eu cette connaissance ». Le conseil constitutionnel a même allégé la responsabilité des hébergeurs, en ce qu'il a apporté la précision suivant laquelle le caractère doit être *manifestement illicite*²⁰¹⁵.

Au vu du régime de responsabilité très protecteur des hébergeurs, de nombreux intermédiaires tentent de démontrer leur rôle très technique, se limitant à donner un accès aux œuvres. Le rôle des hébergeurs se limite-t-il à un rôle technique à l'heure du *web 4.0*, ou peut-on considérer que la nature de leurs actes à changer, entraînant la caractérisation d'un acte d'exploitation d'une œuvre ?

Remise en cause de ce régime spécial ?

Sans entrer dans les détails, puisque le régime de la responsabilité des hébergeurs ne fait pas l'objet de la thèse, il faut tout de même noter que l'argumentation technique souvent développée par les hébergeurs en vue de démontrer la nature technique de leurs actes est artificielle. Un exemple concret permet de pointer du doigt les difficultés rencontrées.

Il faut par exemple imaginer des œuvres protégées par le droit d'auteur mis en ligne sans autorisation des titulaires de droit sur des sites communautaires ou de partage. On peut alors considérer que les responsables « naturels » de cette mise en ligne illicite sont par exemple les internautes ayant mis ce contenu en ligne, sans respecter les droits d'auteur. Deux remarques peuvent néanmoins être formulées : d'une part, l'identification des internautes s'avère difficile. D'autre part, la mise en ligne n'a été possible qu'en raison de l'existence même d'un hébergeur. En l'absence d'hébergeur, pas de mise en ligne de contenu illicite. Peut-on rechercher la responsabilité des sites hébergeant ces contenus illicites ? La jurisprudence en France et en Allemagne est très différenciée. Certaines décisions françaises ont pourtant montrées que la responsabilité des exploitants des sites en tant qu'hébergeurs a été retenu en recourant à une responsabilité fondée sur une interprétation extensive de la LCEN.

L'argumentation des exploitants des sites communautaires étaient pourtant clair : selon eux, ce sont les utilisateurs/internautes qui fournissent les contenus sur leur seule initiative et ces derniers agissent donc sous leur seule responsabilité. De plus, l'absence de contrôle préalable du contenu fournis et stockés par les sites communautaires renforce leur qualité de simple prestataire technique. Cette argumentation n'a pas convaincu les juges français, puisque dans l'arrêt *Dailymotion I*²⁰¹⁶, une simple apparence d'illicéité du contenu obligerait les sites à écarter le contenu illicite et à y rendre l'accès impossible. On peut objecter que cette nouvelle obligation paraît contraire à la lettre de l'esprit de la loi, qui ne vise la responsabilité de l'hébergeur que lorsque ce dernier a eu une connaissance *effective* du caractère manifestement illicite du contenu hébergé et n'a pas réagi.

Une fois que les contenus illicites ont été identifiés, les juges exigent la mise en œuvre des moyens propres afin de rendre impossible l'accès aux informations illicites et d'éviter une nouvelle diffusion des œuvres contrefaisantes. Les sites doivent prendre des mesures

²⁰¹⁵ Décret n°2004-496 DC, 10 juin 2004, JO 22 juin, p. 11182.

²⁰¹⁶ TGI Paris, 3^{ème} ch., 2^{ème} section, 13 juill. 2007, disponible sur www.legalis.net. Arrêt infirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 4^e ch. A, 6 mai 2009, Recueil Dalloz, p. 1410.

volontaires afin de protéger au mieux les intérêts des ayants droits. Il s'agit d'une obligation de surveillance. L'arrêt *Google I*²⁰¹⁷ se limite à exiger la mise en œuvre, dès la première notification, de tous les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion du contenu illicite.

Bref, les juges ont obligé les hébergeurs à effectuer une surveillance particulière des contenus déjà identifiés comme illicites. L'arrêt *Google II*²⁰¹⁸ : pas une obligation générale de surveillance mais une obligation de surveillance particulière. Remarque : l'arrêt *Dailymotion II*²⁰¹⁹ procède à un changement de mots au sein de l'art. 6-I-2 de la LCEN.

Les moteurs de recherche et les fournisseurs de contenu sont liés par une relation symbiotique. Les moteurs de recherche permettent aux clients de trouver des fournisseurs de contenu. Les fournisseurs de contenu créent les documents recherchés par les utilisateurs de moteurs de recherche et, par conséquent, leur raison d'être²⁰²⁰.

2- Illustration de ce principe ?

L'utilisation de techniques développées à l'aire du numérique entraîne le développement de modèles d'affaire enclins à contourner le droit d'auteur. Ces modèles d'affaires ont pour objet des œuvres, mais leur philosophie consiste à ne proposer qu'un accès à ces œuvres. Sur le plan technique, ces modèles d'affaires n'ont pas pour but premier de proposer le téléchargement durable d'une œuvre et ne permettent effectivement souvent qu'un accès à l'œuvre ne relevant pas du droit exclusif d'exploitation d'auteur. Cela ne signifie pas qu'*in fine*, une qualification juridique plus fonctionnelle de ces modèles d'exploitation n'entraîne pas l'application du droit d'auteur. L'utilisateur internaute d'une telle technique cherchera à démontrer une simple consommation de l'œuvre. Les intermédiaires eux chercheront à démontrer leur caractère passif, afin de bénéficier de l'application d'une exception de responsabilité légale. A supposer que l'acte d'utilisation de l'œuvre en question relève du champ d'application du droit d'auteur, les intermédiaires rechercheront à démontrer que l'acte d'utilisation est réalisé par l'utilisateur et que ce dernier bénéficie de l'application d'une exception au droit exclusif²⁰²¹. L'argumentation développée par les intermédiaires et les utilisateurs/internautes n'est pas toujours suivie par les cours de justice. Comme le souligne *Gotzen*²⁰²² en prenant pour exemple l'arrêt *Cabletelevision* aux Etats-Unis, il semble que les cours de justice et particulièrement aussi les avocats généraux de la Cour de justice de l'Union européenne ne reconnaissent plus une atteinte au droit d'auteur, dès lors que certains modèle d'affaires n'envisagent qu'un accès aux œuvres. Que se passe-t-il lorsque les œuvres auxquels l'accès est facilité sont illicites ? Les droits exclusifs doivent-ils engober l'accès à l'œuvre et changer ainsi de nature ?

Les techniques du *cloud computing* (a), du *streaming* (b), et des *hyperliens* (c) sont des techniques développées dans un monde numérique et pouvant être associées à des modèles d'affaires dont le noyau dur ne s'incarne plus dans une logique de possession ou de propriété

²⁰¹⁷ TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 19 oct. 2007 : RLDI 2007/32, n°1062, p.16, obs. L. COSTES.

²⁰¹⁸ Tribunal de Commerce de Paris, 8^{ème} chambre Jugement du 20 février 2008.

²⁰¹⁹ TGI Paris, Paris 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 19 oct. 2007 : RLDI 2007/32, n°1062 p.16, obs. L. COSTES.

²⁰²⁰ A. QUAEDVLIEG, *Les moteurs de recherche et le Nuage*, in : Le droit d'auteur et les droits voisins à l'ère de l'informatique en nuage, p. 433.

²⁰²¹ Th. DREIER, *ALAI*.

²⁰²² F. GOTZEN, *Le droit de destination et son fondement juridique* : ALAI 1988, p. 61.

de support, mais dans une logique d'accès. L'internaute (simple consommateur ?) est « moins attaché au support [et il va] gagner en liberté grâce à l'accessibilité que la technique va lui donner »²⁰²³.

a- Cloud Computing et accès aux œuvres ?

Négativement, le *Cloud Computing* se caractérise par le fait qu'il n'entraîne ni la transmission d'un exemplaire corporel d'une œuvre, ni le téléchargement intégral d'une œuvre. Dans le cas de la transmission d'un exemplaire corporel d'une œuvre, l'utilisateur ici véritable consommateur, pourra jouir librement de l'œuvre. Dans le cas du téléchargement de manière descendante de l'œuvre mise à disposition sur un site *web* par exemple (*download*), l'utilisateur réalisera une reproduction de l'œuvre, ce qui entraînera vraisemblablement l'application de l'exception de copie privée. Dans le cas du *Cloud Computing*, l'œuvre est stockée au niveau d'un serveur distant, et l'acte d'utilisation du point de vue de l'utilisateur consiste à « streamer » ce contenu stocké dans le *Cloud*.

Comme déjà évoqué dans le chapitre préliminaire, il existe de nombreux schémas de *cloud*, de *nuage*. Le *cloud-computing* peut prendre la forme d'un Logiciel-Service (ou *Software as a Service*, *SaaS*) généralement destiné à un utilisateur final. Les *Dropbox*²⁰²⁴, les *Google Docs*²⁰²⁵ ou les *iCloud*²⁰²⁶ constituent des exemples de Logiciel-Service. Le *cloud-computing* peut aussi prendre la forme de Plateforme-Service (ou *Platform as a Service*, *PaaS*) ou d'infrastructure-Service (*Infrastructure as a Service*, *IaaS*). Par ailleurs, ces nuages, peuvent être soit *privé*²⁰²⁷ (comme c'est souvent le cas d'une *Dropbox*), soit *public* comme c'est parfois le cas des plateformes *UGC* (contenu généré par l'utilisateur), telle que *Youtube*, soit *hybride* comme c'est par le cas pour un service de diffusion de musique *Spotify*, intégré dans la plateforme logicielle de *Facebook*²⁰²⁸. La diversité des services pose des problèmes différents, de sorte qu'il est très délicat d'arriver à une approche « globalisante ». Prenant le risque de simplifier les choses, Sirinelli propose néanmoins une classification intéressante des différents services *cloud*, en observant la présence de deux grands types de situations : d'une part les « bibliothèque(s) céleste(s) », et d'autre part, « les jukebox céleste(s) ». Le premier type de *cloud* peut être divisé en trois « sous-hypothèses », à savoir les *casiers personnels*, le « *scan-and-match* », et les *services de synchronisation*. Ces trois hypothèses de *cloud* entraînent l'application du droit de reproduction d'auteur. Dans le cas du casier personnel par exemple, l'application du droit de reproduction s'explique en outre par le *upload* de l'œuvre par l'internaute, et par le *download* de cette œuvre depuis le nuage sur l'appareil mobile de l'internaute. De plus en plus néanmoins, les modèles d'affaire utilisant la technique du *streaming*, s'apparentent plutôt à l'hypothèse de « jukebox céleste », pour « laquelle il y a très peu d'actes de reproduction », puisque tout repose sur « l'accès et l'écoute ». Comme le

²⁰²³ P. SIRINELLI, *Synthèse juridique des questions provenant de la technologie en « nuage »*, in : Congrès ALAI Kyoto 2012, le droit d'auteur et les droits voisins à l'ère de l'informatique en nuage p. 458 et suiv. (459).

²⁰²⁴ <https://dropbox.com>

²⁰²⁵ <https://docs.google.com>

²⁰²⁶ <https://www.icloud.com>

²⁰²⁷ M. FISCOR, p. 491.

²⁰²⁸ O.-A. ROGNSTAD, *Médias Sociaux*, in : *Le droit d'auteur et les droits voisins à l'ère de l'informatique en nuage*, Congrès ALAI Kyoto 2012, p. 452 et suiv (p. 454-455).

souligne S. FORBIN, « nous sommes donc arrivés dans la technologie de l'accès et des services [...] »²⁰²⁹.

C'est précisément cette hypothèse de « jukebox céleste », n'offrant que des actes de consommation en *streaming* et reposant sur une logique d'accès qui va faire l'objet de plus amples développements. Généralement, les situations les plus courantes de « jukebox » se présentent ainsi. Techniquement, L'internaute émettra une requête vers le nuage. Ce dernier constituera alors une *playlist* grâce aux fichiers qu'il a identifiés (grâce aux métadonnées) dans le terminal de l'internaute. Usant de cette playlist, l'internaute pourra à partir de son terminal ou de support mobiles « consommer » les œuvres concernées en les écoutant ou les visionnant sans pour autant qu'il y ait sur ces divers terminaux de reproduction définitive (il peut cependant exister des copies temporaires). L'internaute a recours à ces services afin de pouvoir jouir des œuvres alors même qu'il est en déplacement et qu'il ne peut transporter avec lui, sa médiathèque. Par exemple, l'internaute a préalablement installé ou fait reconnaître sa discothèque dans le nuage. Ou alors l'utilisateur a souscrit un abonnement auprès d'un opérateur pour pouvoir consommer des œuvres en *streaming*²⁰³⁰.

Ce qui distingue ce mode d'utilisation des œuvres, des autres modes d'utilisation des œuvres est le fait que l'internaute ne bénéficie pas de Position « factuelle ». Contrairement à l'utilisation de l'œuvre dans un monde analogique, l'utilisateur n'est pas propriétaire du support dans lequel est intégré l'œuvre. Par ailleurs, l'internaute ne s'est pas vu concédé ou céder des droits d'exploitation sur l'œuvre, comme c'est le cas, lors du téléchargement d'une œuvre par le biais du *download*. La particularité liée à la visualisation des œuvres stockées dans une *cloud* par le biais du *streaming* réside dans le fait que l'internaute ne bénéficie que d'une position juridique. De manière plus précise, le contrat conclu est un contrat lui donnant un simple droit à un accès au *cloud*. Il ne s'agit pas ici d'un droit d'auteur, mais d'un contrat de droit commun des obligations. Le *Cloud-Computing* peut-il s'analyser sous l'angle du droit d'auteur ?

D'une part, le contenu stocké au niveau de la *cloud* doit constituer une œuvre et être protégé par le droit d'auteur. Comme cela a déjà été souligné dans les développements précédents, c'est la technologie du *streaming* qui, du point de vue de l'internaute peut éventuellement entraîner l'application du droit d'auteur, notamment du point de vue du droit de reproduction. Les développements précédents ont déjà permis de discuter l'application de l'exception de reproduction provisoire lors de la visualisation en *streaming* de contenu par l'internaute. Le but premier d'une reproduction étant l'utilisation légale d'une œuvre, il y a *a contrario* atteinte au droit de reproduction dès lors que l'utilisation de l'œuvre est illicite. Or précisément, seul les contrats d'accès sont conclus et non des contrats d'exploitation en droit d'auteur. Comment qualifier ce contrat d'accès ? Est-ce un contrat de location ? Ou alors une prestation de service ? Zech pose la question de savoir s'il s'agit d'un contrat de location. Dans le cadre du *Cloud-Computing*, il n'y a précisément pas possession, mais seulement la possibilité d'accéder à l'œuvre. Par conséquent, on peut dire que du point de vue des faits, on a un accès à l'œuvre, mais que juridiquement, on peut considérer de manière artificielle, qu'il y a un droit d'utilisation de l'œuvre²⁰³¹. Dans ce cas, le contrat ne fait que ressembler à un contrat de location, puisqu'artificiellement, on a à faire à un contrat d'exploitation. Par extension, on peut

²⁰²⁹ S. FORBIN, *Informatique en nuage*, in : *Le droit d'auteur et les droits voisins à l'ère de l'informatique en nuage*, Congrès ALAI Kyoto 2012, p. 431.

²⁰³⁰ P. SIRINELLI, *Synthèse juridique des questions provenant de la technologie en « nuage »*, in : Congrès ALAI Kyoto 2012, le droit d'auteur et les droits voisins à l'ère de l'informatique en nuage p. 458 et suiv.

²⁰³¹ H. ZECH, *Vom Buch zur Cloud. Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter* : ZGE, Band 5, 2013, p. 368s.

donc considérer que le droit d'auteur inclut dans sa définition du droit exclusif, un droit d'accès. L'extension du droit d'exploitation englobant un droit d'accès s'explique par le fait que la technologie du *Cloud* est bien adaptée au téléchargement ascendant et à la mise à disposition de contenu sans l'autorisation des ayants droit. Le *cloud* peut en effet très bien être utilisé pour stocker des œuvres acquises par des actes de contrefaçon.

Alors que traditionnellement, le droit d'exploitation n'englobe pas le droit d'accès, on peut envisager le fait d'inclure le droit d'accès à un droit d'exploitation.

b- Accès et sites de *streaming*

Selon le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, la consommation illicite d'œuvre passe de plus en plus par l'accès à des œuvres protégées à partir de sites sur lesquels ces œuvres ont préalablement été mises à disposition par des internautes, (uploader) sans autorisation des titulaires de droits d'auteur²⁰³². En France, l'affaire *Radioblog*²⁰³³ a eu un écho médiatique particulièrement important, puisque les créateurs de ce site de musique en *streaming* ont été condamnés à des peines de neuf mois d'emprisonnement avec sursis et une amende délictuelle de 10 000 euros. Il s'agit de la première condamnation fondée notamment sur le délit de mise à disposition d'un logiciel dédié à la commission de faits de contrefaçon (art. L.335-2-1 du *CPI*)²⁰³⁴.

Les créateurs du site ont-ils réellement porté atteinte au droit d'auteur ?

En l'espère, un père et son fils constituèrent en 2005 une société dans le but d'exploiter un site <radioblogclub.fr> à partir duquel tout internaute pouvait gratuitement écouter des phonogrammes. Il suffisait d'inscrire dans une fenêtre du site un nom d'artiste ou un titre d'œuvre pour accéder aux morceaux de son choix grâce à des liens hypertextes pointant vers d'autres sites où ils étaient illégalement mis en ligne. Chaque internaute pouvait aussi constituer sa propre liste de morceaux, puis l'écouter ou la transférer dans un espace personnel *online*. De fait, le mécanisme mis en place ne permet pas à l'internaute de télécharger le fichier contenant l'œuvre et de le stocker durablement sur son disque dur ou sur tout autre support. Référencées sur le site, ces *playlists* étaient par ailleurs rendues accessibles à tous, ce qui facilitait – en l'élargissant – l'accès aux enregistrements ainsi sélectionnés. Le succès fut immédiat : les premiers jours, jusqu'à 800 000 connexions furent enregistrées qui permirent au site de dégager des ressources publicitaires importantes. Seule ombre au tableau : l'accord des titulaires de droits d'auteur et droits voisins n'a jamais été obtenu.

Après avoir tenté une négociation avec eux, les intéressés ont feint de croire inutiles de telles autorisations puisque le fonctionnement de leur site n'impliquait aucun téléchargement²⁰³⁵. En effet, les deux prévenus soutenaient que leur site n'offrait qu'une interface, c'est-à-dire un accès vers d'autres sites ou bases de données sur lesquels ils ne pouvaient agir. Ils soutenaient que les phonogrammes litigieux ne transitaient pas par eux. D'un point de vue technique, l'argumentation des prévenus est correcte. On distingue en effet des sites de *streaming* qui stockent des contenus, et des sites de référencement de liens

²⁰³² Rapport du CSPLA, p.3.

²⁰³³ Cour d'appel de Paris, 12^{ème} chambre, 22 mars 2011, confirmé par l'arrêt de la Cour de Cassation Crim. du 25 septembre 2012.

²⁰³⁴ Rapport du CSPLA, p. 14.

²⁰³⁵ E. DREYER, *Sur internet, tout ce qui n'est pas permis est interdit*, Recueil Dalloz – 27 décembre 2012 – n°44, p. 3005 et suiv (3006).

hypertextes qui stockent, quant à eux, des liens renvoyant vers des sites de contenus²⁰³⁶. Le contenu est donc bien mis à la disposition du public par d'autres sites. D'un point de vue technique, le seul reproche que l'on puisse faire aux prévenus est d'avoir proposé un système d'indexation permettant à tout internaute d'accéder à ces titres. L'argumentation des prévenus est claire : puisque la création de liens hypertextes sur un site, en direction d'autres sites, ne réalise ni fixation, ni reproduction, ni communication, ni mise à disposition, ni télédiffusion de phonogrammes, l'autorisation des titulaires de droits d'auteur et des droits voisins n'est pas nécessaire.

Cependant l'argument selon lequel le site ne permet qu'un accès à des titres illégaux n'a pas été retenu par les juridictions. Cet argument a été écarté au motif que le site en cause « permettait de modifier ou de créer les contenus accessibles, en l'occurrence les *playlistes*, et de les maintenir à la disposition dans la base de données du site, et d'en permettre l'accès »²⁰³⁷. De plus, la cour d'appel a relevé que la référence à un phonogramme pouvait être retirée suite à une réclamation des ayants droit, de sorte qu'il existait bien une *action* possible par les créateurs du site sur les contenus, prouvant ainsi le rôle actif du site. Par conséquent, la jurisprudence pénale a refusé la qualité d'hébergeur au site *Radioblog*, et la responsabilité atténuée, revendiquée par les prévenus a été écartée.

On comprend l'argumentation des cours de justice cherchant à lutter contre l'apparition de sites miroirs et à limiter la consommation d'œuvres illicites. Cette argumentation est régulièrement développée par les intermédiaires, que ce soit dans les affaires *Dailymotion* ou dans l'*arrêt E-Bay*. mais aussi par les utilisateurs, sans toujours être fondée, qui ne soulignent ne vouloir que consommer le contenu streamé, et y accéder plutôt que de le posséder puisqu'il n'y a pas de *download* de l'exemplaire mais qu'il s'agit de la visualisation en continu d'un flux d'une œuvre. Les développements précédents ont pourtant discuté le fait d'envisager l'application d'un droit de reproduction.

c- Accès et Hyperliens

Une approche des actes d'utilisation des œuvres recourant à la technique des hyperliens entraîne l'observation suivante : ni la technique du lien de surface (*surface linking*) ni le lien en profondeur (*deep linking*) ni le lien automatique (*inlining* ou *embedded link*) ni même la technique du cadrage (ou *framing*) ne permet au poseur de lien d'avoir un contrôle sur les contenus protégés, puisque c'est la personne ayant mis originellement l'œuvre à la disposition du public qui le détient. D'un point de vue technique, par conséquent, l'établissement d'un lien hypertexte ne relève pas du champ d'application du droit d'auteur. Cette liberté de lier fondée sur « l'esprit du web » est corroborée par les positions exprimées dans le rapport du *Forum des droits sur internet*, considérant que « les liens n'appartiennent à personne mais sont utiles à tous. Du côté des utilisateurs, ils sont indispensables aux prospections du particulier, du chercheur, du documentaliste, du journaliste et à bien d'autres professions. Du côté des propriétaires de sites, ils sont autant de chemins d'accès vers leurs ressources et chaque lien tissé accroît leur visibilité. Les hyperliens participent donc au fonctionnement même du web »

²⁰³⁶ CSPLA, p. 16.

²⁰³⁷ E. DREYER, *Sur internet, tout ce qui n'est pas permis est interdit*, Recueil Dalloz – 27 décembre 2012– n°44, p. 3005 et s.

²⁰³⁸. La liberté, on le sait, s'arrête là où commence celle de l'autre. La liberté de lier peut-elle être limitée dès lors que les contenus liés sont illicites ? Faut-il alors inclure l'accès technique à une œuvre, à la notion d'exploitation ? L'acte d'utilisation recourant à la technique de l'hyperlien, doit-il s'analyser comme un acte d'exploitation ?

Dans l'affaire *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV* ²⁰³⁹ (ci-après l'affaire *Sanoma*), les conclusions de l'avocat général Wathelet présentées le 7 avril 2016 encouragent la Cour de justice européenne à préserver le lien hypertexte « en en faisant un outil totalement neutre au regard de la contrefaçon »²⁰⁴⁰. Le lien ne facilite qu'un accès aux œuvres, et dans la droite ligne de la position de la *European Copyright Society* l'avocat général soutient que le placement des hyperliens ne constitue pas une communication au public au sens de l'art. 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29²⁰⁴¹. Comme le souligne *Dormont*, les conclusions sont limpides sur le caractère finaliste de l'analyse menée²⁰⁴² : les internautes ne doivent pas hésiter à créer des liens hypertextes et le fonctionnement de *l'internet* ne doit pas être entravé.

En résumé, plusieurs photographies ont donc été reproduites sans l'autorisation de leur ayant droit (Sanoma) sur divers sites *internet*. Un tiers (GS Media) a créé sur son site des liens hypertextes qui permettent d'accéder aux photographies sur les sites contrefaisants. Un enchaînement de plusieurs questions préjudicielles a été posé par la Cour suprême des Pays-Bas à la Cour de justice européenne dont le noyau dur peut être résumé ainsi : « la licéité de la communication initiale constitue-t-elle une condition nécessaire pour que le lien pointant vers son œuvre puisse être [...] créé²⁰⁴³ » sans autorisation de l'ayant droit ? L'avocat général Wathelet considère que tel n'est pas le cas. Il précise tout d'abord, que la demande de décision préjudicielle ne vise que les hyperliens sur le site Grennstijl. Les violations du droit d'auteur par la mise à disposition des photos sur d'autres sites *internet* ne sont pas en cause.

Selon son analyse, même les hyperliens qui conduisent un utilisateur directement vers des œuvres protégées ne les « mettent pas à la disposition » d'un public au sens juridique du terme du terme, mais seulement dans un sens matériel, puisque les œuvres sont déjà librement accessibles sur un autre site. Les hyperliens ne font donc que faciliter leur découverte. L'acte qui réalise la véritable « mise à disposition », au sens du droit exclusif d'exploitation de la directive *InfoSoc* a été le fait de la personne qui a effectué la communication initiale²⁰⁴⁴. L'avocat général en déduit que les hyperliens placés sur un site *internet*, renvoyant vers des œuvres protégées par le droit d'auteur qui sont librement « accessibles » sur un autre site, ne peuvent être qualifiés « d'acte de communicatio²⁰⁴⁵ ». L'argumentation de l'avocat général repose sur « l'indispensabilité » : pour qu'il y ait un acte de communication, il faut que l'intervention de celui qui place l'hyperlien soit indispensable ou

²⁰³⁸ FDI, recommandation, 3 mars 2003, Hyperliens : statut juridique, p. 9 : (<http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/recommandations/recommandation-du-forum-des-droits-sur-l-internet-hyperliens-statut-juridique.html>).

²⁰³⁹ CJUE, 7 avril 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV*.

²⁰⁴⁰ S. DORMONT, *Pour l'avocat général Wathelet, rendre accessible une œuvre via un lien n'est pas communiquer*, Dalloz IP/IT 2016, p. 224 ; N. RAUER, D. ETTIG, *Generalanwalt hält Hyperlinks auf urheberrechtswidrig veröffentlichte Fotos für zulässig* : GRUR-Prax 2016, 174.

²⁰⁴¹ Conclusions de l'avocat M. Melchior Wathelet du 7 avril 2016 dans l'aff. C-160/15, n° 77 et suiv.

²⁰⁴² S. DORMONT, *ibid.*, p. 224.

²⁰⁴³ S. DORMONT, *ibid.*

²⁰⁴⁴ Conclusions de l'avocat M. Melchior Wathelet du 7 avril 2016 dans l'aff. C-160/15, n° 54.

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, n° 60.

incontournable pour bénéficier ou jouir des œuvres²⁰⁴⁶. En l'espèce, il est considéré que l'intervention de l'exploitant du site GS Media, qui place l'hyperlien n'est pas indispensable pour la mise à disposition des photographies en question aux internautes, la pose d'un hyperlien ne facilite que l'accès aux œuvres, au lieu de les communiquer. Néanmoins, la question factuelle de savoir si l'intervention de GS Media était indispensable pour mettre les photos à la disposition des visiteurs du site *Geenstijl* est du ressort du Hoge Raad²⁰⁴⁷. N'étant pas en présence d'une communication, il est même superflu de s'interroger sur l'existence d'un public nouveau, dans le but éventuel de caractériser une communication au public²⁰⁴⁸.

Peut-on considérer que le raisonnement de l'avocat général s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence antérieure développée dans les arrêts *SGAE* et *Svensson* ? Certains auteurs considèrent que l'argumentation de l'avocat général se distingue clairement de l'argumentation développée dans l'arrêt *Svensson*, puisque la Cour de justice avait bien reconnu l'existence d'une communication et que c'était bien le défaut d'un public nouveau qui expliquait l'absence d'autorisation à obtenir de l'ayant droit pour créer le lien. Sans toutefois le nommer explicitement, on peut considérer que le critère d'indispensabilité d'une intervention a déjà été soulevé dans l'arrêt *Svensson* pour constater qu'il n'y avait pas de communication à un public nouveau.

Le lien hypertexte n'entrant pas dans le champ d'application du droit d'auteur, la question de savoir, si l'autorisation du titulaire du droit d'auteur a été initialement recueillie pour la communication initiale est totalement indifférente²⁰⁴⁹. Peu importe également, que le poseur de liens ait su, ait conscience ou connaissance de cette absence d'autorisation du titulaire de droit²⁰⁵⁰. Les motivations de GS Media et le fait qu'elle savait ou devait savoir que la communication initiale des photos sur ces autres sites n'avait pas été autorisée par *Sanoma* ou que ces photos n'avaient pas non plus été mises auparavant à la disposition du public avec l'accord de cette dernière n'est pas pertinent.

Ce qui importe est le fait de savoir si les œuvres protégées par le droit d'auteur sont librement accessibles sur un autre site, ou si des mesures de protection doivent être contournées. Reste à déterminer ce que l'on entend par un site « librement accessible ». Dès lors que des mesures, vraisemblablement techniques ou contractuelles, doivent être contournées, alors il y a selon M. Wathelet une communication au public au sens de l'art. 3 I de la directive *InfoSoc* et donc une atteinte au droit d'auteur. Par cette précision, les conclusions d'inscrive dans une certaine continuité par rapport à la jurisprudence *Svensson*, puisque cette décision peut être interprété *a contrario* de la manière suivante : dès lors que la pose d'un lien permet de contourner les mesures de restriction prise par un site où se trouve l'œuvre protégée, il y a communication au public. L'arrêt *Svensson* n'apportait cependant pas de réponse quant à la question de savoir ce qui se passe lorsque l'œuvre a initialement été mise à disposition sans autorisation du titulaire de droit. Les conclusions de l'avocat Melchior apporte une réponse très claire à cette question : l'autorisation du titulaire de droit n'a aucune incidence sur la qualification juridique de la pose d'un hyperlien. Par conséquent, il y a la possibilité de poser des liens sur des œuvres mise en ligne de manière illicite alors même que ce lien facilite l'accès à ces contenus illicite²⁰⁵¹. En effet, l'avocat précise que les photos illicites

²⁰⁴⁶ *Ibid.*, n° 57.

²⁰⁴⁷ L. COSTES, *Hyperlien et droit d'auteur* : RLDI, Numéro 126, Mai 2016, p. 18-19.

²⁰⁴⁸ Conclusions de l'avocat M. Melchior Wathelet du 7 avril 2016 dans l'aff. C-160/15, n° 65.

²⁰⁴⁹ *Ibid.*, n° 61.

²⁰⁵⁰ N. RAUER, D. ETTIG, *Generalanwalt hält Hyperlinks auf urheberrechtswidrig veröffentlichte Fotos für zulässig* : GRUR-Prax 2016, 174.

²⁰⁵¹ N. RAUER, *ibid.*

n'étaient pas introuvables avant que *GS Media* ne place l'hyperlien, mais que en même temps, elles n'étaient pas faciles à trouver de sorte que le placement de l'hyperlien avait un caractère éminemment simplificateur²⁰⁵².

A supposer que la Cour de justice reprennent les conclusions de l'avocat Melchior, ce qui n'est pas impossible²⁰⁵³, cela aurait des conséquences sur le dénouement de l'affaire *Die Realität II* en Allemagne. En effet, après la décision de la *CJUE*, le *BGH* avait rejeté à la *OLG* (*Berufungsgericht*). Cette Cour doit analyser si la vidéo dans l'affaire *Bestwater* a été mise *online* avec ou sans le consentement des ayants droits. Cette précision supplémentaire pourrait bien se révéler obsolète.

Néanmoins, on peut également comprendre la conclusion de l'avocat général, soucieux de privilégier la stratégie de la construction d'un marché digital²⁰⁵⁴. Il est vrai que les internautes ne savent pas et ne disposent pas des moyens pour vérifier si la communication au public initiale d'une œuvre protégée librement accessible sur *internet* a été faite avec ou sans le consentement du titulaire du droit d'auteur. Si les internautes sont exposés à des risques de recours pour violation des droits d'auteur chaque fois qu'ils placent un hyperlien vers des œuvres librement accessibles sur un autre site *internet*, ils seraient beaucoup plus réticents à les y placer, et ce, au détriment du bon fonctionnement et de l'architecture même d'*internet* ainsi que du développement de la société de l'information.

Les conclusions de l'affaire *Sanoma* ont aussi pour but d'appliquer le droit d'auteur. L'acte de contrefaçon est alors réaliser par la personne mettant à disposition des œuvres illégales, c'est-à-dire le contrefacteur originaire, et non celui qui pose le lien²⁰⁵⁵. Evidemment, selon *Leistner*, cela n'exclue pas une « *störerhaftung* etc...ou *Beihilfe* etc. ». Il existe aussi d'autres palliatifs, tel la reconnaissance d'un acte parasitaire ou l'atteinte au droit moral, par exemple.

Malgré tout, l'argumentation de la Cour n'emporte par la conviction. En effet, « cette analyse a en l'espèce pour effet de blanchir un acte de contrefaçon et ouvre des perspectives très inquiétantes sur la possibilité de créer licitement des fermes de liens renvoyant vers des œuvres illicitement présentes sur des sites *internet* ». En effet, celui qui pose des liens ne payent pas de droits d'auteur, mais gagne de l'argent en proposant par exemple de la publicité sur ses pages *web*, avec la liste des liens. Il s'agit alors d'un véritable modèle d'affaires : il ne s'agit alors plus d'offrir un accès aux œuvres, mais de détourner la valeur de ces œuvres.

De plus, on change la nature de la communication au public. Il ne s'agit alors même pas, comme avait pu l'écrire certains auteurs de l'épuisement d'un droit de communication au public²⁰⁵⁶. On va plus loin ! Puisqu'il n'y a épuisement du droit que lorsque ce dernier est licite ! Observe-t-on le principe d'un juste équilibre des intérêts selon le considérant 31 de la directive *InfoSoc*²⁰⁵⁷ ?

²⁰⁵² L. COSTES, *Liens hypertextes renvoyant à des contenus protégés par le droit d'auteur et acte de communication au public* : RLDI, Numéro 127, juin 2016, p. 13 et suiv.

²⁰⁵³ N. RAUER, D. ETTIG, *ibid.*

²⁰⁵⁴ Voir à ce sujet les objectifs de la commission, COM 2015, 192 final.

²⁰⁵⁵ N. RAUER, D. ETTIG, *ibid.*

²⁰⁵⁶ S. DORMONT, *La liberté de créer un lien hypertexte*, commentaire de l'arrêt *CJUE*, 13 février 2014, *Svensson c/ Retriever Sverige AB* : PI juill. 2014, n°52, p. 240.

²⁰⁵⁷ H. HABERSTUMPF, *Anbieten fremder geschützter Inhalte im internet*.

Le recours aux critères de l'indispensabilité mêlé à celui de public nouveau est des plus critiquable. Quelle est la portée de cet arrêt ? Le lien hypertexte n'est-il neutre que lorsqu'il pointe vers une œuvre ? Dès lors que l'objet protégé relève des droits voisins, le lien hypertexte constitue-t-il une communication au public, de sorte que les droits voisins seraient plus protecteurs des ayants droits ? Une telle analyse remettrait en cause la structure des droits et on peut considérer qu'elle est défavorable aux ayants droit. C'est pourquoi, il faut saluer la décision du *BGH*, en ce qu'il permet à l'ayant droit d'exercer son droit d'interdire même lorsqu'il ne s'agit que de la pose d'un lien. Il est inutile de préciser que la décision de la Cour est attendue avec le plus grand intérêt !

Est-il judicieux de considérer que l'accès aux œuvres ne relève pas d'un droit exclusif d'exploitation ? Considérer que la pose d'un lien vers une œuvre illicite constitue une atteinte au droit d'auteur, revient à considérer que le droit d'exploitation doit englober l'accès à l'œuvre. Reste à savoir si l'on a véritablement à faire à un accès à l'œuvre où s'il ne s'agit pas plutôt d'un détournement de valeur, sous couvert d'une argumentation technique voulant à tout prix ne pas perturber le bon fonctionnement de l'*internet*. Ceci dit, si c'est la personne qui a mise à disposition les œuvres qui porte atteinte au droit d'auteur, alors la personne posant le lien peut aussi être co-responsable. Les conséquences ne se feront plus sur le plan du droit d'auteur, mais sur un autre domaine du droit (droit de la concurrence). Car il semble évident que ce type de comportement doit être sanctionné.

Le principe qui consiste à dire que les actes ne permettant qu'un accès à l'œuvre ne peuvent être qualifiés d'exploitation n'est-il pas à remettre en cause ? A moins de considérer qu'il ne s'agit plus d'un accès, mais du détournement de valeur économique ou qu'il y a atteinte d'un nouveau public (*solution de Svensson*).

Le principe qui consiste à dire que les actes ne permettant qu'un accès à l'œuvre ne peuvent être qualifiés d'exploitation n'est-il pas à remettre en cause ? A moins de considérer qu'il ne s'agit plus d'un accès, mais du détournement de valeur économique ou qu'il y a atteinte d'un nouveau public.

Section 2- Dimension publique d'une exploitation ?

Dans le but de contourner la compréhension technique d'un acte d'utilisation d'une œuvre se révélant insuffisante et ne permettant pas une qualification juridique adéquate, une autre approche consiste à rechercher la fonction du droit d'auteur, sans pour autant analyser en détail sa raison d'être, ses justifications. Le postulat est alors le suivant : la fonction du droit d'auteur est de permettre la circulation des œuvres dans la sphère publique²⁰⁵⁸. Ne relèvent donc d'un droit d'exploitation que les utilisations publiques d'une œuvre (§1). Néanmoins, les nouveaux modèles d'affaires individualisés et interactifs contournent la dimension publique de l'utilisation d'une œuvre, rendant difficile la reconnaissance d'une exploitation à l'aune de ce critère (§2).

§ 1- Ne relève d'un droit d'exploitation que les utilisations publiques d'une œuvre ?

²⁰⁵⁸ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 220-240.

Considérons que le droit d'auteur n'octroie à l'auteur qu'une maîtrise des actes d'exploitation de l'œuvre, tous relatifs à un mode de diffusion de l'œuvre auprès du public, que ce soit directement ou indirectement, par le truchement de copies et de leur distribution. Dans ce cas, le périmètre de l'exploitation devrait être défini par référence à la dimension publique des actes d'utilisation de l'œuvre. La prise en compte d'une dimension publique des droits d'exploitation (A) favorise une analyse fonctionnelle des actes d'utilisation des œuvres, tenant compte de la dimension publique de l'utilisation (B).

A- Dimension publique des droits d'exploitation ?

La dimension publique des droits exclusifs d'exploitation (1) n'est pas sans conséquence sur la nature des exceptions (2).

1- Dimension publique des droits exclusifs d'exploitation

Selon certains auteurs, dans la logique même du droit d'auteur, « la représentation ne donne prise au monopole que si elle communique l'œuvre au *public* »²⁰⁵⁹. C'est pourquoi, M. Vivant regrette que le législateur français n'ait pas osé franchir le pas en désignant ce droit, dans le fil des textes internationaux et communautaires, comme un « droit de communication »²⁰⁶⁰ voir de « communication au public ». Cependant la dimension publique du droit de représentation est incertaine, dès lors que l'art. L.122-5 1° dispose que l'auteur ne peut interdire « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ». A considérer que l'art. L.122-5 1° constitue une véritable exception au droit exclusif de représentation, alors la dimension publique du droit de représentation est inexistante, puisque le cercle de famille ne représente pas un public. Reconnaître une dimension publique au droit de représentation, revient à remettre en cause la nature de l'art. L.122-5 1° en ne considérant plus cet art. comme une exception au monopole, mais plutôt comme une limite naturelle au droit exclusif. Par conséquent, seule une utilisation publique d'une œuvre, seule une représentation publique d'une œuvre est susceptible de relever du monopole d'exploitation. En Allemagne, l'emploi de la terminologie de « communication au public » laisse peu de place au doute, quant à la dimension « publique » du droit exclusif d'exploitation sous forme incorporelle.

2- Nature des exceptions ?

Au contraire, c'est la dimension publique du droit de reproduction qui pose problème en Allemagne, puisque ce droit est pratiquement réduit à la fixation matérielle d'une œuvre. Comment tenir compte alors de la dimension publique d'une exploitation ? L'exception de copie privée en Allemagne et en France réfute l'acceptation de la dimension publique du droit

²⁰⁵⁹ M. VIVANT/ J.-M. BRUGUIERE, p. 487.

²⁰⁶⁰ M. VIVANT, *Analyse critique et prospective*, in : La transposition de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information en France, IRPI-Max-Planck Institut : PI. 2005, n°15, p. 146.

exclusif de reproduction. En France cependant, la loi ne se limite pas à une définition technique du droit de reproduction, mais mentionne la finalité de la reproduction destinée à communiquer *in fine* une œuvre au public. Des doutes subsistent alors quant à la nature de l'exception de copie privée. S'agit-il d'une véritable exception ou d'une simple limite naturelle au droit ? Ces imprécisions dogmatiques sont source d'insécurité juridique, et n'aide pas à cerner les actes d'utilisation relevant vraiment du droit d'auteur.

B- Approche fonctionnelle d'un acte d'utilisation d'une œuvre

Définir le périmètre de l'exploitation de l'œuvre par référence à la dimension publique des actes d'utilisation de l'œuvre revient à retenir *in fine* une approche fonctionnelle de l'acte d'utilisation d'une œuvre, ne tenant pas compte des spécificités techniques. Retenir une approche fonctionnelle d'un acte d'utilisation signifie à ne pas segmenter les différents actes, mais à envisager la qualification d'un acte d'utilisation d'une œuvre de façon globale. Dans le cadre de la qualification juridique d'un hyperlien, il ne s'agit pas de rechercher si, techniquement, l'acte ne permet que de mettre à disposition une œuvre au sens matériel du terme, mais si l'acte de poser un lien permet une mise à disposition au sens juridique du terme, c'est-à-dire vis-à-vis d'un public. Jusqu'à présent, la *CJUE* analyse bien la pose d'hyperliens à l'aune d'un public nouveau en faisant même une condition *sine qua non* de la définition de la notion de communication au public dans un contexte *online*, mais n'a que rarement reconnu l'atteinte d'un nouveau public.

La difficulté est liée à la définition du public retenue. Peut-on parler d'un groupe de personnes privilégié dès lors que l'ensemble des internautes constitue un même public ? De toute évidence, à l'heure du développement de modèles d'affaires individualisés, la reconnaissance du caractère public d'une utilisation d'une œuvre n'est pas évidente.

§ 2- Reconnaissance difficile du caractère public d'une utilisation d'une œuvre et conséquences de la prise en compte d'un tel critère

La définition du périmètre de l'exploitation par référence à la dimension publique des actes d'utilisation n'est pas satisfaisante en raison, d'une part, d'une reconnaissance difficile d'un public dans un monde numérisé et interactif (A) et, d'autre part, de l'impossibilité par le biais de ce critère de qualifier d'exploitation des actes d'utilisation des œuvres détournant la valeur économique d'une œuvre (B).

A- Reconnaissance difficile d'un public dans un monde numérisé et interactif

La reconnaissance de l'existence d'un public dans un monde numérisé et interactif est complexe en raison d'une approche monolithique, inadaptée à la notion du public formulé par la *CJUE* (1) et en raison d'une distinction toujours plus délicate entre une utilisation « privée » et « publique » d'une œuvre (2).

1- Approche monolithique inadaptée de la notion de public

Dans l'affaire *Svensson*, la *CJUE* estime que le public d'une œuvre mise en ligne sur *internet* est l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, à savoir tous les internautes qui pourraient y avoir librement accès. Pourquoi ne pas admettre des distinctions entre les sous-publics ? Ne peut-on pas considérer que le public d'un site n'est pas le même que celui du site voisin ? Ne peut-on pas distinguer les publics, suivant les conditions d'accès à l'œuvre protégée ? On peut souligner que la *CJUE* avait été sensible à une approche différenciée du public dans l'arrêt *Dataco I*²⁰⁶¹. En effet, l'acte d'exploitation avait été caractérisé en tenant compte du ciblage géographique du public. Alors même que cette décision a été rendue en matière de ré-utilisation de bases de données, cet arrêt met l'accent sur la dimension concrète de l'*internet*. En effet, un public est présent dans un espace géographique (dépendant de la langue utilisée par exemple, sauf pour la langue anglaise) et temporel donné. Ainsi, porter l'œuvre à la connaissance d'un public qui se trouve en dehors de cet espace constitue un nouvel acte d'exploitation d'une œuvre. Encore faut-il caractériser l'existence d'un public dans la mesure où les modèles d'affaires ayant pour objet des œuvres sont de plus en plus individualisés.

2- Utilisation publique d'une œuvre dans le cadre de nouveaux modèles d'affaires individualisés et sécurisé ?

Dans le monde du *web.2.0*, l'utilisateur produit des contenus ou met à disposition des œuvres dans des blogs, sur des réseaux sociaux, pas toujours accessibles par l'ensemble des internautes (a). Y-a-t-il alors communication au public de ces œuvres ou s'agit-il de simples utilisations privées d'œuvres ? Le *web 3.0* rend le critère de l'exploitation publique encore plus inadaptée, puisque non seulement les transmissions d'œuvres sont personnalisées, mais également et surtout, les offres d'œuvres (b). Tel est le cas par exemple, des modèles d'affaires de vidéos, ou de *streaming* de musique personnalisés, où des services ont même recueilli des données auprès des utilisateurs concernant leur style de musique, la durée d'écoute etc.

a- Existence d'une utilisation publique des œuvres sur les réseaux sociaux ?

Peut-on considérer qu'un internaute communique une œuvre au public, dès lors qu'il met à disposition une œuvre sur un réseau social ? La question est plus complexe qu'il n'y paraît. Les réseaux sociaux, comme on le sait, sont des plateformes de communication en ligne, qui permettent à un internaute ou à une entreprise de rejoindre ou de créer un ou plusieurs réseaux sociaux, soit à des fins professionnelles (Par exemple, *Flickr*, *Linkeldn* etc.), soit à des fins personnelles (Par exemple *Facebook*, *StudiVZ* etc.). Les « amis des amis » sur Facebook, par exemple, constitue-t-il le nouveau « cercle de famille », ou s'agit-il d'un public ? Jusqu'à présent, le juge français, allemand et européen n'a jamais été amené à se prononcer sur cette question en matière de droit d'auteur. En revanche le juge américain a lourdement sanctionné

²⁰⁶¹ *CJUE*, 18 octobre 2012, aff. C-173/11.

l'AFP et l'agence Getty pour avoir exploité sans autorisation des photographies d'un journaliste célèbre postées sur *Twitter* au moment du terrible tremblement de terre à Haïti. Bien que l'interface et le format de *Twitter* présente des différences avec celui de *Facebook* par exemple, *Twitter* est généralement utilisé comme plateforme de réseau social. Il faut souligner la possibilité pour un internaute, de restreindre la possibilité de lecture de ses « mini-messages » à un certain nombre de personnes déterminées. Néanmoins, « l'accès privé n'est pas le mode par défaut de *Twitter* [...] et les comptes qui ne sont pas privés sont [...] publics ». Par conséquent, il semble que l'appréciation du caractère public ou non de l'utilisation d'une œuvre sur les réseaux sociaux dépend du paramétrage effectué par l'internaute. Il s'agit donc d'une appréciation au cas par cas²⁰⁶². A ce sujet, M. Vivant suggère de transposer la jurisprudence sociale élaborée à l'occasion des litiges sur les propos tenus par les salariés sur les réseaux sociaux au droit d'auteur.

Dans un souci pragmatique (en vue de ne pas surcharger les tribunaux de travail) et de sécurité juridique, on peut néanmoins soutenir qu'une solution au cas par cas bien que plus juste, devrait être abandonnée au profit d'une solution plus tranchée, n'entrant pas dans le détail de considérations techniques : il s'agit alors de tenir compte de la finalité d'un réseau social. A l'image de la décision de la Cour d'appel de Besançon du 15 novembre 2011, un réseau social (en l'espèce Facebook) « droit nécessairement être considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public » peut importer le paramétrage individuel réalisé par l'Internaute. La présente thèse soutient une approche moins technique et plus fonctionnelle, dès lors qu'il s'agit d'apprécier le caractère public ou non de nouveaux modes d'utilisation des œuvres. La détermination de la finalité d'un réseau social relève en fait d'une appréciation politique. Le juge sera alors plus enclin à protéger les intérêts des ayants droits, plutôt que ceux des utilisateurs-internautes, à moins de tenir compte d'un autre critère déterminant comme par exemple le caractère lucratif d'une exploitation.

b- Public et nouveaux modèles d'affaires individualisés et interactifs ?

Dans le monde du *web 3.0*, de nombreux modèles d'affaires, c'est-à-dire les transmissions et surtout les offres d'œuvres, sont individualisés, adaptés sur mesure aux besoins de l'internaute. Des transmissions d'œuvres individualisées sont, par exemple, l'envoi de mails contenant des œuvres protégées, à de nombreuses personnes différentes. S'agit-il alors d'une communication au public ? Les offres aussi peuvent être individualisées, tel par exemple les services proposés par des *cloud*, totalement privés²⁰⁶³. La *web-radio* personnalisée est un exemple symptomatique de l'utilisation des œuvres dans le monde du *web. 3.0* qui consiste pour un prestataire, à mettre en place pour chaque internaute-consommateur des programmes de radio « véhiculant exactement l'image » que l'internaute veut lui donner²⁰⁶⁴.

²⁰⁶² Voir V. FAUCHOUX, P. DEPRez, J.-M. BRUGUIERE, *Le droit de l'internet. Lois, contrats et usages*, Lexis-Nexis, 2^e éd. 2013, p. 102 s.

²⁰⁶³ P. SIRINELLI, *Synthèse juridique des questions provenant de la technologie en « nuage »*, in : *Congrès, ALAI, Kyoto 2012, Le droit d'auteur et les droits voisins à l'ère de l'informatique en nuage*, p. 458 et s. (459).

²⁰⁶⁴ Voir par exemple cette annonce publicitaire pour la *webradio Radioking*, à visualiser à partir du site : <https://fr.radioking.com/creer-une-webradio-personnalisee>.

Y-a-t-il alors communication des œuvres à un public ? D'une part, l'émission de radio n'est diffusée que vis-à-vis d'un seul internaute client qui a choisi le contenu. Par conséquent, le client internaute n'est pas membre d'un public virtuel, puisque le contenu de l'émission a été conçu uniquement pour lui. On ne peut donc qualifier cette diffusion de télédiffusion de point à multipoint au sens de l'art. 20 UrhG. D'autre part, les œuvres ne sont pas non plus mises à sa disposition. En effet, le client (et encore moins le public en général) ne peut consulter à sa guise, c'est-à-dire au moment et dans le lieu où il le souhaite, les titres de musique, alors même que le flux de la *webradio* est bien « mise en marche » par l'internaute comme le ferait un télé-spectateur. Par conséquent, on ne peut considérer que la *web-radio* personnalisée s'analyse juridiquement comme une mise à disposition dans le sens de l'art. 19a UrhG. La qualification juridique délicate d'un acte d'utilisation sous forme incorporelle d'une œuvre entraîne généralement une mise en balance des différentes caractéristiques attribuées à chaque droit. En l'espèce néanmoins, les critères permettant de définir un droit de « mise à disposition » ou un « droit de télédiffusion » ne sont pas remplis.

Peut-on néanmoins envisager l'application d'un droit innommé d'exploitation sous forme incorporelle, puisque la liste des droits énumérés à l'art. 15 al. 2 UrhG en Allemagne, et de l'art. L.122-2 *CPI* en France n'est qu'exemplative et non exhaustive ?

M. von Ungern-Sternberg rappelle que seul les actes clairement décrits peuvent faire l'objet d'un droit d'exploitation innommé²⁰⁶⁵. En aucun cas, la jurisprudence ne peut-elle reconnaître un droit d'exploitation innommé envers des actes d'utilisation que le législateur a voulu libre.

La *webradio* personnalisée peut-elle s'analyser comme un acte d'exploitation sous forme incorporelle ? La *webradio* personnalisée entraîne une transmission de *point à point*. Or, une telle transmission entre deux personnes, même s'il s'agit d'une communication ne peut être qualifiée à première vue de communication *au public*. Il s'agit bien plus d'une représentation dans un cercle de famille, ne relevant pas du droit exclusif d'exploitation, voir même ne relevant pas du droit d'auteur : ni du droit d'auteur français, et assurément pas du droit d'auteur allemand. On ne peut en effet considérer que l'internaute réceptionnant le programme est membre d'un public, puisque le programme est individualisé, voir personnalisé. La transmission de point à point caractérise-t-elle fondamentalement la radiodiffusion personnalisée ? Il faut souligner qu'en amont de cette radiodiffusion, une offre déterminée a été faite à un public. Le radiodiffuseur diffuse sous forme digitale des titres de musique issus de sa base de données, et explique aux internautes que ces titres sont diffusés à l'image d'une radiodiffusion publique. L'analogie avec une radiodiffusion se conçoit aisément. C'est précisément l'offre publique, en amont de la transmission proprement dite, qui permet de distinguer l'exploitation des œuvres par une *webradio personnalisée* d'une communication individuelle entre deux personnes.

Quels arguments permettent de conforter la qualification juridique de la *webradio* personnalisée en tant que communication à un public ? La télédiffusion de point à multipoint et la *webradio personnalisée* ont pour point commun une offre initiale d'œuvres à un public. Un seul diffuseur contrôle le moment à partir duquel, l'œuvre est rendue accessible au public. Ce qui distingue la *webradio personnalisée* d'une *webradio* non personnalisée, est l'accès donné au flux personnalisé à un seul client. La *webradio* personnalisée propose bien une offre

²⁰⁶⁵ J. v. UNGERN STERNBERG, *Senderecht und Recht an der öffentlichen Zugänglichmachung – Verwertungsrechte in einer sich wandelnden Medienwelt*, in *Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und Youtube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt*, p. 51 S.

en vue d'une communication au public, si bien que des similitudes sont possibles avec une mise à disposition au sens juridique du terme. Néanmoins, l'internaute ne dispose pas du libre choix des titres de musique pris individuellement, mais seulement d'une possibilité d'indiquer ses goûts musicaux (ex/ Jazz, Gospel, classique etc.). Les titres de musique sont alors choisis de manière automatique. Néanmoins, on peut très bien imaginer dans le futur, une offre beaucoup plus personnalisée prenant également en compte les titres de musique préférés de l'internaute. Certains auteurs partagent l'avis selon lequel, du point de l'utilisateur, la *webradio* personnalisée est comparable à l'utilisation des œuvres dans le cadre d'une radiodiffusion classique *offline* ou *online*. C'est ce qui justifie actuellement de qualifier juridiquement la *webradio personnalisée* comme relevant d'un droit innommé d'exploitation sous forme incorporelle.

On le constate, le *web* 3.0 et ses nouvelles formes d'exploitation des œuvres proposant des offres individualisées remettent en cause les critères traditionnels permettant de caractériser une exploitation relevant d'un droit exclusif d'auteur. La distinction entre une communication de point à point, non publique d'une part et une communication publique de point à multipoint, telle une télédiffusion, ou de multipoint à point, telle une mise à disposition d'autre part est loin d'être évidente dans un monde numérique interactif. Il serait donc judicieux de rechercher de nouveaux critères en vue de caractériser une exploitation relevant du droit exclusif d'auteur.

B- Conséquences de la prise en compte d'un tel critère pour définir une exploitation

La prise en compte d'un critère lié à la dimension publique de l'utilisation d'une œuvre afin de caractériser une exploitation présente certes des avantages (1), mais n'apporte pas nécessairement de réponse satisfaisante pour qualifier un acte d'utilisation d'exploitation, notamment au vu du développement de modèles d'affaires dans un monde numérisé (2).

1- La simple jouissance privée de l'œuvre ne relève pas d'une exploitation

La prise en compte d'une dimension publique d'un acte d'utilisation d'une œuvre entraîne la reconnaissance de l'exploitation d'une œuvre dans le cas de son utilisation publique et non dans le cadre d'une simple utilisation technique. En retenant ce critère, le *browsing* permettant simplement de visualiser des contenus protégés dans un cercle de famille ne relèverait plus du champ d'application du droit d'auteur. De *lege lata*, cependant, la notion de reproduction étant réduite à l'échelle européenne à la seule notion de fixation, la simple jouissance privée d'une œuvre relève du champ d'application du droit d'auteur et constitue donc une exploitation, alors même que l'exception de reproduction provisoire serait applicable. Restreindre le champ d'application des droits exclusifs d'auteur aux seules utilisations publiques d'œuvres apporterait une meilleure lisibilité du droit d'auteur²⁰⁶⁶.

²⁰⁶⁶ Ph. GAUDRAT, Pour une propriété intellectuelle épurée, in MELANGES LUCAS, p. 325 et s.

2- Pas de prise en compte du détournement de la valeur économique d'une œuvre

Néanmoins, la prise en compte du caractère public d'une exploitation n'est pas toujours satisfaisante. A l'heure du *web 3.0*, voire même du *web 5.0* et de la multiplication des modèles d'affaires individualisés, le caractère public d'une exploitation tout à fait applicable dans un monde analogique, perd de sa pertinence dans un monde numérique et interactif. Car justement de nombreux modèles d'affaires contournent la dimension publique d'une exploitation dans le but de ne pas payer de rémunération à l'ayant droit. Par ailleurs, la dimension publique d'une exploitation ne permet aucunement de qualifier d'exploitation des utilisations d'œuvres réalisées dans le cadre de modèles d'affaires détournant la valeur économique d'une œuvre.

Par conséquent, la solution réside peut-être dans une compréhension plus « économique » de la notion d'exploitation, retenant un caractère *lucratif* de l'acte d'utilisation d'une œuvre, en vue de qualifier cet acte d'exploitation au sens du droit d'auteur.

Conclusion du chapitre II

Ce chapitre a permis de vérifier l'hypothèse de départ, selon laquelle il y aurait un lien de causalité entre la rédaction des textes de lois et la compréhension de la notion d'exploitation. La première section a permis de démontrer l'insuffisance ou l'inadaptation des critères techniques, dès lors qu'il s'agit de qualifier un acte d'utilisation d'une œuvre comme constituant une exploitation. Selon l'argumentation développée dans l'arrêt *Meltwater*, l'acte de consultation des œuvres sur l'écran d'un ordinateur remplit les conditions de l'art. 5, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc* et relève donc du champ d'application du droit d'auteur, ce qui est critiquable. Limitée à une simple fixation au sens technique du terme, la notion de reproduction englobe alors la « simple jouissance » d'une œuvre. Le principe de la libre « jouissance » des œuvres est alors remis en cause. De même le recours à une argumentation technique ne permet pas non plus de déterminer si le *caching* relève d'un droit exclusif ou d'une exception. La qualification juridique du *caching* est cependant cruciale. Considérer que le *caching* relève du droit exclusif signifie que tous les utilisateurs ou intermédiaires techniques (hébergeurs, fournisseurs d'accès, développeurs etc.) qui réalisent ces reproductions devront demander l'autorisation des titulaires de droit et payer une rémunération correspondante. Le coût induit serait alors exorbitant et une telle qualification du *caching* limiterait tout bonnement les possibilités de communication des œuvres sur les réseaux numériques. La deuxième section a attiré l'attention sur la difficulté à manier le caractère public d'une exploitation dans un monde numérisé et interactif, alors même que ce critère était largement utilisé pour distinguer l'acte d'utilisation d'un acte d'exploitation dans un monde analogique. Le caractère public d'un acte d'utilisation d'une œuvre est difficilement appréciable en raison du développement de modèles d'affaires individualisés.

Conclusion du Titre I

Le chapitre I a permis de montrer que la distinction corporelle/incorporelle, c'est-à-dire entre un droit de reproduction et un droit de communication au public est inadaptée. Le critère de fixation matérielle, permettant de distinguer le droit de reproduction du droit de représentation, est mis à mal dans un monde numérique. En effet, on constate bien l'irruption de la notion de fixation matérielle au sein du droit de représentation, tout comme l'irruption de la notion de dématérialisation au sein du droit de reproduction. Aujourd'hui, la fixation

n'est cependant plus à comprendre dans son sens matérielle, puisqu'il y a fixation même dans le cadre d'une reproduction *online*, donc « immatérielle ». La fixation est donc dématérialisée. Par conséquent, la notion de fixation ne réussit plus à différencier les actes de reproduction et de représentation.

C'est pourquoi d'autres critères de distinction ont été recherchés. Or, ni le transfert de propriété du support, distinct du monopole d'exploitation de l'auteur, ni la dimension publique de la *communication au public*, explicitement prévu en droit allemand, ne permettent de distinguer le droit d'exploitation sous forme corporelle et sous forme incorporelle. En effet, le droit de reproduction allemand englobe également les reproductions destinées à être perceptibles par un public, si bien que le caractère public d'un acte d'utilisation d'une œuvre n'entraîne pas l'application systématique du droit de communication au public. De nombreux exemples concrets illustrent l'enchevêtrement et l'application incertaine du droit de reproduction ou de représentation pour un même acte d'utilisation d'une œuvre. Les développements ont montré que la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre dépend précisément de la compréhension technique ou fonctionnelle de cet acte. Le point de vue – par exemple, celui du fournisseur ou du consommateur – suivant lequel s'opère la qualification juridique d'un acte d'exploitation d'une œuvre est déterminant. Ainsi, suivant le point de vue adopté, la qualification d'un même acte d'exploitation peut relever soit du droit de communication au public soit du droit de reproduction. La distinction corporelle/incorporelle est alors artificielle.

N'est-il alors pas nécessaire de reconnaître un seul droit d'exploitation dans le but de contourner la *summa divisio*? Le titre II tente d'apporter une réponse à cette question. La difficulté réside avant tout dans la détermination des contours et du contenu d'une exploitation. Comment caractériser cette dernière? Alors que le chapitre II a montré l'inadaptation d'une compréhension technique de l'exploitation, tout comme la difficile reconnaissance de la dimension publique d'une exploitation, le titre II explore de nouveaux critères dans l'optique d'une définition plus adéquate de la notion d'exploitation.

TITRE II- Redéfinition de la structure des droits et du contenu traditionnel de l'exploitation

Alors que le premier chapitre recherche une alternative à la caractérisation d'une exploitation par la dimension publique et envisage une nouvelle structure des droits, le deuxième chapitre s'attache à proposer *de lege ferenda* une amélioration des textes législatifs existants.

CHAPITRE I- Nouvelle structure des droits, nouvelles définitions

De nouveaux critères permettant de définir une exploitation sont envisagés à la section 1, tandis que la section 2 discute une éventuelle remise en cause de la *summa divisio*.

Section 1- Nouveaux critères permettant de définir une exploitation

La présentation d'une approche économique de la notion d'exploitation (§1) précèdera sa critique et l'analyse de ses implications (§2).

§ 1- Prise en compte du caractère économique de l'exploitation

Avant d'analyser les conséquences d'une compréhension économique de l'exploitation (B), un rappel de la mise en œuvre de ce critère est nécessaire (A).

A- Mise en œuvre du critère économique

La mise en œuvre de ce critère (1), entraîne des incertitudes et des difficultés (2).

1- Présentation de sa mise en œuvre

Au niveau national (a) comme au niveau européen (b), l'exploitation a été envisagée comme une notion économique.

a- Mise en œuvre au niveau national

Le sens premier de l'exploitation est la « mise en valeur du bien »²⁰⁶⁷, le fait d'en tirer un profit. C'est le *fructus* du droit de propriété et non pas la simple utilisation, c'est-à-dire *l'usus*. D'un point de vue économique et à première vue, il y a *exploitation* dès lors qu'il y a une intention lucrative, une intention de réaliser un profit.

²⁰⁶⁷ Définition du *Petit Robert*.

Force est de constater qu'en France et en Allemagne, la dimension lucrative est traditionnellement indifférente en droit d'auteur, puisque selon la définition de la loi, les actes de reproduction et de communication au public ne requièrent aucune intention lucrative. En France tout comme en Allemagne, la représentation (ou la *communication au public* en Allemagne) d'une pièce de théâtre par le moyen d'interprètes présents face à un public présent dans un même lieu au même moment ne nécessite donc pas la poursuite « d'une intention lucrative » de la part de l'auteur. Le spectateur a généralement bien sûr payé le prix de sa place dans le but d'avoir accès à l'œuvre. Ici, le paiement est dû en contrepartie de la prestation de *service* (la représentation théâtrale) proposée, indépendamment de savoir, si la prestation en soi est protégée par un droit de propriété intellectuelle. Le contrat par lequel le spectateur accède à l'œuvre n'est donc pas un contrat d'exploitation et ne relève donc pas du droit d'auteur. Il s'agit ici de la distinction classique entre un contrat d'exploitation d'une part, et celui par lequel une œuvre est mise à la disposition de l'utilisateur final.²⁰⁶⁸

En France et en Allemagne, le droit de représentation peut donc très bien être mis en jeu en l'absence de la poursuite d'un but lucratif. Par exemple, lorsqu'une œuvre musicale protégée par le droit d'auteur est mise à disposition sur un site *web* accessible à un public potentiel, cette œuvre met en jeu le droit de représentation en France indépendamment du fait de savoir, si l'œuvre est mise à disposition à des fins commerciales. Il existe peu d'exemples jurisprudentiels confirmant l'absence du caractère lucratif d'une exploitation en France, à partir du moment où une telle approche ne s'accorde que mal avec une conception personnaliste du droit d'auteur, qui voit dans celui-ci un droit de propriété d'origine *jus naturaliste*. D'autres courants doctrinaux moins centrés sur la personne de l'auteur et qualifiés « d'utilitaristes » auront tendance à accorder une plus grande importance à la dimension sociale et économique du droit d'auteur. Seuls quelques exemples de jurisprudence peuvent donc être cités en France. Tout d'abord, un arrêt qui avait cru pouvoir décider que la production en justice d'un roman autobiographique ne pouvait, en l'absence de fins lucratives, constituer une représentation²⁰⁶⁹, a été censuré. Par ailleurs, dans un ancien arrêt de l'année 1882, la Cour de Cassation a précisé que le caractère lucratif ou gratuit de la représentation est indifférent puisque « aucun texte de loi ne restreint l'action dérivant du droit de propriété des auteurs au cas où c'est dans un but de lucre qu'a lieu la représentation de leurs œuvres »²⁰⁷⁰. En Allemagne aussi, le caractère lucratif n'est pas un critère permettant de considérer qu'un acte d'utilisation d'une œuvre constitue une communication au public, voir de manière plus générale, un acte d'exploitation²⁰⁷¹.

L'absence de caractère lucratif concerne aussi la qualification du droit de reproduction.

Par exemple, le téléchargement d'une œuvre sur le disque dur de l'ordinateur est une reproduction, alors même qu'aucun but lucratif n'est poursuivi. L'approche non lucrative ou non commerciale du droit de reproduction est corroborée par le fait que la copie privée,

²⁰⁶⁸ A. LUCAS-SCHLOETTER dans MÉLANGES LUCAS, p. 579.

²⁰⁶⁹ Cass. 1^{er} civ., 25 février. 1997 : RIDA 3/1997, p. 287 ; JCP G 1997, II, 22873, note Ravanas. Mais la censure est prononcée au visa de l'article L.121-1 (droit de divulgation).

²⁰⁷⁰ Cass. 1^{er} avr. 1882 : I. 334. – Adde. Voir aussi Rennes, 20 juin 1932 : Gaz. Pal. 1932. 2. 516, « le droit d'auteur est un droit positif et ne saurait être réduit au droit purement négatif d'être seul à pouvoir tirer un profit pécuniaire de l'œuvre, mais ne lui permettant pas d'interdire aux tiers d'en disposer à leur gré, si cet usage ne leur procure pas de bénéfice ».

²⁰⁷¹ « Nicht zutreffend wäre aber die Annahme, dass nur solche Handlungn Werknutzungen sein können, die (wirtschaftliche) Verwertungsmöglichkeiten des Urhebers beeinträchtigen » : GRUR 2012, note de bas de page n°26.

exception au droit de reproduction²⁰⁷² ne revêt pas de caractère commercial. En effet, l'art. 53 UrhG pendant de l'exception de copie privée en France, concernant « la reproduction pour usage privé et autres usages personnels ou internes »²⁰⁷³, prévoit à l'alinéa 1 que « la confection d'exemplaires de reproduction isolés d'une œuvre, par une personne physique, en vue d'une utilisation privée sur n'importe quel support, à des fins non directement ou indirectement commerciales, dès lors que ni une source manifestement illicite, ni une source mise à disposition de manière illicite n'est utilisée »²⁰⁷⁴. On peut noter que ce paragraphe 53 alinéa 1 UrhG fut largement remanié en 2003 lors de la transposition de la directive 2001/29/CE, puisque des précisions furent apportées concernant respectivement le bénéficiaire de l'exception (« une personne physique »), les supports concernés (« n'importe quel support ») et le but poursuivi (« à des fins non directement ou indirectement commerciales »). Ces précisions directement inspirées de l'art. 5.2 b) de la directive *InfoSoc* n'emportent néanmoins aucun changement du droit positif dans la mesure où les solutions étaient déjà acquises sur le fondement de l'ancienne rédaction du paragraphe 53 al.1 UrhG²⁰⁷⁵. En droit allemand, il est donc acquis depuis longtemps, que l'exception de copie privée ne pouvait pas être mise en œuvre à des fins commerciales²⁰⁷⁶.

Reste bien sûr à savoir ce que l'on entend par un caractère commercial direct ou indirect. La difficulté consiste à déterminer la frontière entre l'utilisation d'une œuvre à des fins commerciales et non-commerciales, c'est-à-dire ici, entre une utilisation commerciale et une utilisation privée²⁰⁷⁷. Selon la jurisprudence allemande, « la poursuite à des fins professionnelles et commerciales excluent la reconnaissance d'un usage privé²⁰⁷⁸ ». Même une reproduction non exclusivement professionnelle ne constitue pas une reproduction à des fins privées. Jusqu'où peut-on considérer qu'un acte représente un caractère commercial indirect²⁰⁷⁹ ? Une interprétation extensive du caractère commercial indirect aurait pour conséquence d'exclure un grand nombre d'actes de la qualification de copie privée. Il ne s'agit donc pas d'un critère *in abstracto* mais bien d'un critère devant s'apprécier *in concreto*, en recherchant si la reproduction concrète est réalisée à des fins commerciales ou professionnelles.

Contrairement à la loi sur le droit d'auteur allemand, la loi française ne prévoit pas expressément à l'art. L.122-5-2° *CPI* concernant l'exception de copie privée, que la finalité commerciale exclue la reconnaissance d'un usage privé. Au vue de la rédaction de l'art. 5.2 b) de la directive, qui soustrait explicitement au droit exclusif les reproductions effectuées « à des fins non directement ou indirectement commerciales », la doctrine française « incline à

²⁰⁷² On peut en effet se poser la question s'il s'agit ici d'une véritable exception, ou notamment d'une limite naturelle.

²⁰⁷³ Traduction de BIJUS (http://www.bijus.eu/?page_id=10297).

²⁰⁷⁴ § 53 (1) Satz.1, « Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird ».

²⁰⁷⁵ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Lettre d'Allemagne, Qu'y a-t-il dans la « deuxième corbeille » ? La loi allemande du 26 octobre 2007, relative au droit d'auteur dans la société de l'information* : PI, *Nouvelles de l'étranger*, juillet 2008, n°28, p. 368 (369).

²⁰⁷⁶ Voir à ce sujet par exemple l'arrêt *BGH*, 24 juin 1993, *Dia-Duplikate* : GRUR 1993, 899, 900.

²⁰⁷⁷ M. WENN, *Private und gewerbliche Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte*, in : J. Träger (Hrsg), *IT und internet mit Recht gestalten*, Oldenburg 2012, Olwir.

²⁰⁷⁸ Th. DREIER, p. 977.

²⁰⁷⁹ En allemand : Fraglich ist jedoch, wie weit der Kreis des mittleren Erwerbszwecks zu ziehen ist.

penser »²⁰⁸⁰ que cette condition est implicitement contenue en droit français. En fait, le raisonnement se vérifie dans le cas d'une véritable commercialisation, qui correspond, sans contestation possible à un usage public²⁰⁸¹. L'hésitation, en revanche est permise pour des fins « indirectement commerciales », lesquelles ne semblent pas totalement incompatibles avec un usage privé et que la loi française pourrait donc tolérer.

Dans l'affaire *Wizzgo*, par exemple, après avoir noté l'absence de recettes engendrée par la copie, le tribunal a considéré comme « surabondants » les arguments du juge des référés. Ces derniers avaient en effet insisté sur le préjudice économique causé aux titulaires des droits sur les programmes enregistrés. Paradoxalement, le tribunal s'est néanmoins référé à l'argumentation du juge des référés, montrant ainsi, que dans les faits, le contexte économique guide souvent l'appréciation des tribunaux.

Alors qu'en Allemagne, l'interprétation selon laquelle une « fin indirectement commerciale » est à comprendre au sens d' « une fin professionnelle », ne fait pas l'objet de controverses à ma connaissance, si ce n'est concernant l'étendue de ce critère, une finalité commerciale de l'usage, pouvant être interprété dans le sens d'un usage professionnel, fait l'objet de controverses en France. En effet, ni la loi française ni la directive n'évoquent l'usage professionnel. Il apparaît cependant excessif de condamner ce critère par principe. M. Desbois, par exemple, considère que parmi les exemples d'usage privé, il y a aussi l'avocat qui réalise des « extraits d'ouvrages, d'articles, des passages utiles à son information », ce qui correspond bien à un usage professionnel. Dans le même sens, M. Colombet admet que l'exception puisse jouer au profit « du professionnel ou de l'étudiant amassant une documentation pour son travail personnel ». Cette position doit être bien sûr approuvée. « Ce que la loi veut éviter, c'est que la copie sorte de la clandestinité qu'implique la sphère privée, mais elle ne se préoccupe pas des motivations du copiste dès lors qu'il reste à l'intérieur de ce cadre »²⁰⁸².

En France, l'opinion inverse a cependant déjà été défendue²⁰⁸³. Elle peut prendre appui sur semble-t-il l'arrêt *Padawan*²⁰⁸⁴. La Cour de justice²⁰⁸⁵ était interrogée par une juridiction espagnole, notamment sur le point de savoir, si l'application sans distinction de la rémunération pour copie privée aux entreprises et aux professionnels était compatible avec la notion de « compensation équitable » prévue à l'art. 5.2 b) de la directive. La question sous-entendait clairement que l'usage professionnel n'était pas couvert par l'exception de copie privée. Tel était également l'avis de l'avocat général qui affirmait que la directive excluait expressément « toute forme de copie à des fins commerciales, nonobstant s'il s'agit de fins professionnelles licites (comme une copie de sauvegarde) ou illicites (comme la piraterie musicale) ». Les fins « professionnelles » étaient ainsi assimilées purement et simplement à des fins commerciales incompatibles avec le bénéfice de l'exception. La *CJUE* est plus circonspecte, se bornant à renvoyer à « l'hypothèse, explicitement évoquée par la juridiction de renvoi », où les équipements, appareils et supports de reproduction numériques sont acquis « à des fins manifestement étrangères à celle de la copie privée ».

Finalement, malgré une interprétation complexe de la finalité « non commerciale de l'usage », il ne fait pas de doute que cette condition ne peut pas être interprétée *a contrario*.

²⁰⁸⁰ TPLA LUCAS, LUCAS-SCHLOETTER, p. 365.

²⁰⁸¹ *Ibid.*

²⁰⁸² *Ibid.*

²⁰⁸³ C. CARON, n° 358.

²⁰⁸⁴ *CJUE*, 21 oct. 2010, *Padawan SL c/ SGAE*.

²⁰⁸⁵ Voir LUCAS-SCHLOETTER, *La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 573s.

Par conséquent, on ne peut pas conclure de l'absence de finalité commerciale à un usage privé. En effet, il est clair que l'usage public suffit à écarter l'application de l'exception de copie privée, alors même que l'intéressé n'en tire aucun bénéfice. Selon une analyse traditionnelle du droit d'auteur, le caractère commercial ne constitue pas un élément de la définition du droit de reproduction, puisque la copie privée exclue toute référence au caractère commercial, à moins de considérer que la copie privée ne constitue même pas vraiment une exception au droit de reproduction mais plutôt une limite naturelle.

D'autres exceptions au droit de reproduction et au droit de représentation en France et en Allemagne confirment l'absence du recours à un critère économique au niveau de la définition traditionnelle des droits. En effet, des exceptions, limitant le droit de représentation tout comme le droit de reproduction, précisent clairement qu'aucun profit ne doit être réalisé pour pouvoir être appliquées.

A l'art. 52a UrhG la loi allemande reconnaît par exemple une exception au droit de représentation pour le domaine de la pédagogie et de la recherche²⁰⁸⁶, et elle prévoit explicitement que l'exception ne s'applique que si le but poursuivi n'est pas commercial²⁰⁸⁷. Cette même absence de but commercial ou (littéralement) lucratif est requise à l'art. 45a UrhG en vue d'appliquer l'exception au droit de reproduction et au droit de distribution en faveur des personnes handicapés²⁰⁸⁸. Alors que l'harmonisation des exceptions par la directive *InfoSoc* n'est que facultative, la France connaît deux exceptions similaires²⁰⁸⁹ en faveur de la pédagogie et de la recherche et en faveur des personnes handicapées. Concernant l'exception à des fins pédagogiques et de recherche, l'art. L.122-5 3° e) *CPI* dispose que l'exception n'est applicable qu'à des représentations qui *ne donne lieu à aucune exploitation commerciale*. De même, l'exception en faveur des handicapés prévue à l'art. L.122-5 7°) *CPI* requiert une exploitation de l'œuvre à *des fins non lucratives*. A ce propos, on peut noter que de portée plus large que l'exception allemande introduite en faveur des handicapés en 2003, l'exception française concerne aussi bien le droit de reproduction que le droit de représentation. De plus, même l'exception en faveur des bibliothèques à l'art. L.122-5 8°) *CPI* concernant les musées et les services d'archives, prévoit que la représentation effectuée *ne recherche aucun avantage économique ou commercial*.

Le fait de considérer que la notion de reproduction et de communication au public (au sens du droit d'auteur tout comme au sens des droits voisins) nécessitent nécessairement un critère lucratif exclurait par conséquent le jeu des exceptions exposées ci-dessus. Cela signifierait tout simplement que les exceptions ne seraient même pas applicables, ce qui confirme une fois de plus que la notion de l'exploitation au sens traditionnelle du droit d'auteur ne tient pas compte du caractère lucratif ou commercial de l'exploitation.

²⁰⁸⁶ Voir à ce propos: Heinzmann, Lisa, *La titularité des créations en droit des brevets et en droit de la propriété littéraire et artistique. Une analyse comparative en droit allemand et français*, Mémoire de Master 2: sous la direction des Professeurs Michael Hakenberg (Trèves), Karl-Nikolaus Peifer (Cologne) et Thierry Lambert (Nancy), non publié, 2008.

²⁰⁸⁷ Voir à ce sujet, § 52a (1) UrhG. En allemand, « zulässig ist, veröffentlichte Teile eines Werkes [...] öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies [...] zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist ».

²⁰⁸⁸ Voir à ce sujet, § 45a (1) UrhG. En allemand: « zulässig ist die nicht Erwerbszwecken dienende Vervielfältigung eines Werkes für deren Verbreitung ausschließlich an Menschen [...], soweit es zur Ermöglichung des Zugangs erforderlich ist ».

²⁰⁸⁹ mais non identiques.

Cependant, considérer la notion d'exploitation sous un angle économique ne se résume pas à ne tenir compte que de l'intention lucrative. Parler de « mise en valeur » renvoie davantage à l'idée de *captation d'une valeur économique*²⁰⁹⁰ laquelle peut être développée par des modèles économiques ou l'offre de produits et de services.

C'est sans doute dans cette « capture de valeur »²⁰⁹¹ qu'il faut ancrer la notion d'exploitation, bien plus que celle de profit ou intention de lucre. Sans toutefois aller jusqu'à inclure dans le droit d'auteur tout avantage tiré d'œuvres protégées, même indirectement. Certains tentent par exemple de faire dire au juge que les fournisseurs d'accès à *internet* bénéficient de la valeur des œuvres protégées par le droit d'auteur, et particulièrement de leur téléchargement non autorisé, par la hausse des ventes de connexions haut débit²⁰⁹² C'est aller trop loin sûrement.

En France, les juges nationaux semblent également séduits par cette tournure plus économique que juridique. Un bel exemple, bien que datant déjà de quelques années est l'affaire *Wizzgo*. En mai 2008, la société *Wizzgo* avait lancé un service d'enregistrement de programmes télévisés à la demande.

Le processus technique était le suivant : L'internaute utilisateur télécharge le logiciel « iWIZZs », puis s'inscrit en ligne pour pouvoir ensuite disposer des services de cet enregistreur. L'utilisation de ce service est assez simple : on sélectionne le programme de son choix, diffusé sur une des chaînes de la télévision numérique terrestre (TNT) gratuite, et on en demande l'enregistrement. Une fois, le programme diffusé par la chaîne, on lance à nouveau le logiciel qui télécharge automatiquement la copie de ce programme. On peut alors visionner cette copie librement sur son ordinateur, sa télévision, ou tout autre périphérique nomade (iPad, tablette, Iphone etc.) Il faut noter que l'installation et les enregistrements étaient gratuits, puisque la société *Wizzgo* ne se rémunérait qu'avec les recettes publicitaires. Grâce à sa simplicité d'utilisation, le service a tout de suite rencontré un vif succès, et a d'ailleurs été élu « Service en ligne innovant de 2008 ». En somme il s'agit d'une vraie « télévision à la carte », et *Wizzgo* avait souligné près de 400 000 comptes utilisateurs créés durant la durée du service.

Le modèle économique de *Wizzgo* ne fait cependant pas l'unanimité. Les ayants-droits des programmes des chaînes TNT soutiennent notamment que l'autorisation de reproduction des programmes n'avait pas été exprimée conformément aux articles L.122-5 et L.211-3 *CPI*.

Deux chaînes éditrices de service de TNT, W9 et M6 avaient ainsi assigné en référé la société *Wizzgo* afin qu'elle cesse de reproduire et de mettre à disposition du public²⁰⁹³ les programmes qu'elles diffusaient. Le 6 août 2008, le *TGI* de Paris avait condamné la société *Wizzgo* à cesser toute reproduction. A la suite de cette ordonnance, les sociétés France 2, France 3, France 4 et France 5 avaient également assigné *Wizzgo* devant le juge des référés en vue d'obtenir la cessation des reproductions. Le 6 novembre 2008, le Tribunal avait jugé que le service offert par *Wizzgo* était manifestement illicite en ce qu'il constituait entre autre une contrefaçon des droits de propriété intellectuelle.

²⁰⁹⁰ S. DUSOLLIER, *L'exploitation des œuvres: une notion centrale en droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 563 s.

²⁰⁹¹ Terminologie employée par Séverine Dussolier.

²⁰⁹² Voir l'action intentée en avril 2013 par la *SABAM*.

²⁰⁹³ Une « mise à disposition au public » que les décisions subséquentes ne vont plus évoquer.

De façon audacieuse, la start-up, « estimant que cette interdiction était de nature à compromettre la viabilité de son service », a fait assigner à jour fixe les Sociétés Métropole Télévision, Edi Tv (W9), M6web, Studio 89 Productions et C Productions devant le tribunal de grande instance de Paris afin de faire constater la licéité du service qu'elle propose. Comme devant le juge des référés, la société *Wizzgo* tentait de mettre en avant le bénéfice de deux exceptions au monopole. Pour établir le caractère licite de son service, la société *Wizzgo* invoque les exceptions de copie transitoire et de copie privée des articles L.122-5 (et L.211-3 *CPI* s'agissant des droits voisins) du *CPI*. L'articulation du raisonnement pourrait être alors la suivante: la société *Wizzgo* accomplit un premier acte de copie qui échappe au grief de contrefaçon en vertu de l'exception de copie transitoire tandis que le deuxième acte de reproduction accompli par l'internaute, échappe lui, au monopole en raison du bénéfice de l'exception pour copie privée.

Tout d'abord, la société *Wizzgo* tentait de se prévaloir de l'exception de copie provisoire, qui est une exception issue de la transposition de la directive du 22 mai 2001, intégrée à l'art. L.122-5 6° du *CPI*. A l'époque, cette exception n'avait pas encore donné lieu à une application jurisprudentielle. Pour se voir reconnaître le bénéfice de la copie provisoire, un critère économique et plusieurs conditions techniques doivent être remplies. Ainsi, « lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : [...] 6° La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des œuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre ». Il ne fait pas de doute, que l'exception n'a pas été conçue pour s'appliquer à des faits tels que ceux de l'espèce. A première vue, les actes accomplis par la société *Wizzgo* ne s'inscrivent pas véritablement dans la logique de l'exception qui était exprimée au considérant 33 de la directive du 22 mai 2001 puisque « cette exception couvre les actes qui permettent le survol (*browsing*), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (*caching*), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission ». D'ailleurs, la lecture des travaux préparatoires tant des textes français que communautaires montre très clairement que cette limite aux droits de propriété intellectuelle était destinée à faciliter l'activité des fournisseurs d'accès à *internet* en leur permettant de stocker librement sur leurs propres machines des contenus tiers fréquemment consultés par leurs abonnés.

Toutefois, le texte de l'art. L.122-5-6° étant formulé en termes généraux, on ne peut en exclure par principe l'application et il reste à déterminer si les conditions posées sont remplies. Pour la société *Wizzgo*, les copies cryptées réalisées par elle ne seraient qu'une reproduction provisoire faisant partie intégrante d'un procédé technique, et n'ayant pas de valeur économique propre puisque cryptées et inexploitable, même si elle s'inscrit dans le cadre d'une activité économique destinée à générer des recettes publicitaires. Cette argumentation est rejetée par le tribunal qui considère qu'il n'est pas véritablement possible de distinguer entre les deux copies. Pour les juges du fond, l'action ultérieure de l'internaute ne consisterait pas à proprement parler en un enregistrement ou une reproduction mais en une action de décryptage. Ainsi, selon les magistrats, « la copie décryptée n'est pas une copie distincte de la copie réalisée par la société *Wizzgo* et l'opération de décryptage accomplie par l'utilisateur ne fait pas de lui un copiste ». Comme le souligne M. Sirinelli, on ne peut être pleinement convaincu par cette approche qui paraît confondre service rendu à l'utilisateur et décomposition matérielle des opérations. Peut-être conscient de la faiblesse de l'argument, les juges complètent leur raisonnement par deux constats, dignes de considération. De manière

succincte certes, le tribunal examine pourtant bien tour à tour chacune des exceptions et s'attache à démontrer qu'aucune des deux ne peut être utilement mise en avant. S'agissant de la première condition d'une part, le fait que « la copie réalisée par la société *Wizzgo* ne présente pas de caractère transitoire puisque, décodée, elle pourra être conservée de manière définitive par son utilisateur ». Le tribunal a néanmoins refusé de reconnaître à la copie réalisée par la société *Wizzgo* un caractère essentiel ou faisant partie intégrante du procédé technique, ce que l'on peut critiquer²⁰⁹⁴. En observant que la copie est « dotée d'une valeur économique propre puisqu'elle constitue l'assise de l'activité commerciale de la société *Wizzgo* laquelle repose sur la création et le développement d'un groupe d'utilisateurs de ce service d'enregistrement en ligne, réceptifs à des annonces publicitaires », les juges considèrent bien que les conditions de mises en œuvre de cette exception n'étaient pas remplies.

Une telle approche des juges peut néanmoins faire l'objet de commentaires. En effet, la société *Wizzgo* soutenait l'absence de valeur économique *propre* de la copie puisque le service était assuré à titre gratuit. On peut en effet considérer que l'absence de valeur économique « propre » renvoie à l'idée d'absence de rentabilité « directe ». En l'espèce on aurait donc très bien pu considérer que cette copie cryptée qui était mise à disposition de l'utilisateur n'avait pas de valeur économique « directe » car il n'y avait pas de contrepartie à sa mise à disposition qui était gratuite. On aurait donc très bien pu considérer que le service proposé par *Wizzgo* n'avait rien de différent de ce que les magnétoscopes traditionnels permettaient. En revanche, les chaînes de télévision revendiquaient l'existence d'une valeur économique propre des copies résultant des recettes publicitaires que générait le service *Wizzgo* en fonction du nombre d'utilisateurs. La société *Wizzgo* arguait à l'inverse qu'elle n'insérait de publicités que dans ses espaces propres et non lors de la visualisation des programmes où elle laissait figurer les publicités d'origine. Le tribunal s'est finalement prononcé en faveur de la thèse des chaînes de télévision. L'argument ne pouvait que prospérer dans la mesure où c'est sur ce modèle que de nombreux sites *internet*, permettant de consommer gratuitement du divertissement, génèrent du profit par l'exploitation des espaces publicitaires.

La start-up tente également d'échapper à l'opposabilité du monopole en mettant en avant l'exception de copie privée. L'art. L.122-5 2° *CPI* limite le monopole de l'auteur, ainsi que son droit corrélatif à rémunération, en disposant que l'auteur ne peut empêcher « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective ». La Cour de cassation a estimé que l'exception ne pouvait être utilement invoquée que lorsque copiste et usager de la copie étaient une seule et même personne (sauf tolérance au niveau de l'usage dans un cercle de famille)²⁰⁹⁵. Une telle compréhension de l'exception de copie privée est propre à la France et n'existe pas en Allemagne puisque la transposition de l'exception de copie privée, telle qu'elle est formulée au niveau de la directive 2001/29/CE n'est que facultative. L'exception de copie privée n'est donc pas harmonisée.

Comment donc déterminer le copiste en France ? Autrefois on s'était attaché à une conception intellectuelle du copiste, considérant comme tel celui qui choisit le contenu de la matière de la reproduction²⁰⁹⁶. On se souvient par exemple de célèbres décisions impliquant le

²⁰⁹⁴ Voir article de H. ALTERMAN, F. PERBOST, *Wizzgo contrainte au mode arrêt* : RJC, mai/juin 2009, n° 3, *Chronique, Droits des nouvelles technologies*, p. 193 s.

²⁰⁹⁵ Voir entre autres : TGI Paris, réf. 5 mai 1997, QUENEAU : RIDA oct. 1997, p. 265 ; JCP 1997. II. 22906, note OLIVIER.

²⁰⁹⁶ Voir entre autres l'affaire dite du CNRS, TGI Paris, 28 janvier 1974.

CNRS ou les officines de photocopies²⁰⁹⁷. Dans l'affaire relative au CNRS, qui fournissait des photocopies aux chercheurs, le juge avait considéré que la qualité de copiste devait être attribuée aux chercheurs et non au centre de recherche qui réalisait matériellement les copies²⁰⁹⁸. Il faut avouer que le parallèle avec les faits de l'espèce est évident. Aujourd'hui, la conception privilégiée en France est plutôt matérielle : le copiste est en principe la personne qui a la possession ou la détention juridique du matériel de (photo)-copie. Dans l'affaire Rannou-Graphie²⁰⁹⁹, une officine était poursuivie pour avoir mis à la disposition de ses clients des appareils permettant la réalisation de copies. L'officine de photocopies fut qualifiée de copiste par les juges et condamnée pour contrefaçon, les reproductions n'étant pas effectuées pour son usage privé mais au profit de tiers, à savoir les clients. La même solution a été retenue à l'égard des commerçants proposant des services de reproduction de CD²¹⁰⁰.

En raison de l'utilisation d'un procédé technique interactif dans l'affaire *Wizzgo*, il est néanmoins difficile de déterminer qui de la société *Wizzgo* ou de l'utilisateur dispose du matériel de copie. D'ailleurs, les arguments ne manquent pas pour ou contre *Wizzgo* ou l'utilisateur. La société *Wizzgo* par exemple soutient qu'elle n'a pas la qualité de copiste, et que c'est l'utilisateur qui crée la copie privée en rapatriant la copie transitoire cryptée sur son ordinateur et en la décryptant. La société *Wizzgo* relève notamment que les moyens nécessaires à la réalisation de la copie privée (ordinateur et logiciel) sont détenus exclusivement par l'utilisateur et exploités par lui seul. Pour la *start up*, le copiste et l'utilisateur de la copie sont donc une et même personne et l'exception de copie privée peut s'appliquer. Au contraire, les défendeurs font valoir que la société *Wizzgo* est le copiste à partir du moment où elle fournit les moyens de prendre copie par mise à disposition du logiciel de décryptage et que les copies qu'elle réalise ne sont pas destinées à son usage personnel mais à celui des clients. On a donc une dissociation des qualités de copiste et d'utilisateur de la copie, et l'exception de copie privée ne peut pas s'appliquer. Les juges du TGI ont finalement donné raison aux demandeurs et ont qualifié *Wizzgo* de « créateur de la copie ».

Certains auteurs, considèrent, que le tribunal « s'affranchit d'une approche purement économique sur le terrain duquel s'était placé le juge des référés et restitue à l'analyse sa seule dimension juridique ». Certes les juges ajoutent une dimension juridique à leur raisonnement, mais n'accordent pas moins d'importance à la dimension économique des actes de *Wizzgo* notamment en ce qui concerne la détermination du copiste.

Pour que la personne qui reproduit l'œuvre puisse bénéficier de l'exception de copie privée, il faut tout d'abord que la reproduction soit faite pour un usage privé du copiste (ou de son très proche entourage), que la source de la copie soit licite (alors même qu'à l'époque, une telle condition n'était pas prévue dans la loi), et enfin que soient respectées les exigences du « test des trois étapes ». Il est juste que l'on peut se douter que s'il fallait attribuer l'acte de copie à l'internaute, il fallait considérer que les deux dernières conditions fussent remplies, au vu des conditions posées par la Cour.

²⁰⁹⁷ Voir par exemple : RIDA, Juillet 2008, n°217.

²⁰⁹⁸ TGI Paris, 3^{ème} ch., 28 janv. 1974, D.1974, p. 337, note Desbois ; JCP G 1975, II, P. 18163, note FRANÇON.

²⁰⁹⁹ Voir entre autres l'affaire, civ. 1^{re}, 7 mai 1984, aff. « Ramougraphie » : le copiste est l'exploitant de l'officine de photocopie. Ainsi, le client n'est pas considéré comme étant le copiste ».

²¹⁰⁰ Voir par exemple, CA Nancy, 4^e ch., 20 mai 2003, Comm. com. Electr. 2004, comm. 73, Ch. CARON.

Néanmoins, dans le but de déterminer qui de *l'utilisateur* ou de *Wizzgo* effectue la copie, la décision des juges français ne se fonde pas sur une analyse précise de l'exception de copie privée, ni sur la recherche de la personne étant le copiste. A juste titre d'ailleurs !

En effet, le débat sur la notion de copiste, d'un point de vue technique, est à la fois sans fin et vain²¹⁰¹. Il est sans fin, dans la mesure où chaque « camp » peut opposer des arguments pertinents. Pourquoi l'un serait-il qualifié de copiste et pas l'autre ? L'affaire *Wizzgo* conduit Mme Bernault à formuler une proposition destinée à abandonner toute référence à la notion de copiste dans l'art. L.122-5 2° du *CPI*.

Les juges français insistent, au contraire, et cela particulièrement dans l'ordonnance de référé du 6 août 2006, sur le *profit financier* réalisé par le copiste. Le raisonnement des juges, comme le souligne Mme Bernault, semble pouvoir être résumé ainsi: la copie privée est une exception, et elle ne peut avoir de valeur économique, ni être soumise à l'acquiescement d'un droit. Or, le service proposé par *Wizzgo* n'a que l'apparence de la gratuité pour l'internaute dans la mesure où la société se rémunère grâce à la publicité. Donc la réalisation de la copie donne lieu à un paiement et ceci ne peut être licite, sauf à partager une partie des revenus avec les ayants droits comme semble le faire d'autres plates-formes d'enregistrement. On peut comprendre la logique de l'argumentation mais si l'on retient cette approche, il faut alors en déduire, *a contrario*, que la personne qui réalise une copie pour autrui à titre gratuit devrait échapper à toute condamnation. La solution peut sembler légitime mais elle conduit à prendre quelques distances avec la lettre de l'art. L.122-5 2° du *CPI*. Le caractère commercial de l'activité exercée devrait être absent des discussions relatives à la notion de copie privée compte tenu de la rédaction actuelle de la loi.

Il ne s'agit donc pas d'une approche technique comme celle adoptée en Allemagne²¹⁰², mais plutôt d'une approche fonctionnelle qui est encouragée et voulue par le test des trois étapes. Quelle est la fonction, la finalité des actes accomplis par la *start up* ? Selon les juges français, *Wizzgo* a pour but de « porter atteinte à l'exploitation normale des programmes et aux intérêts légitimes des défenderesses par une activité qui élude le paiement des droits de propriété intellectuelle et qui perturbe l'équilibre économique de la création et de la production des œuvres audiovisuelles ». Comment prouver que *Wizzgo* porte véritablement atteinte à l'exploitation normale des programmes ? Pourquoi considérer que la copie réalisée par l'utilisateur n'est pas une copie licite ?

Que ce soit au niveau de l'analyse de l'exception de reproduction transitoire ou au niveau de l'analyse de l'exception de copie privée, les juges confortés par l'application du triple test adoptent une approche fonctionnelle en vue de qualifier juridiquement les actes juridiques réalisée par la *start up*. Ainsi, la copie en question est dotée d'une « valeur économique propre puisqu'elle constitue l'assise de l'activité commerciale de la société *Wizzgo* ». Bien que cette copie ne « génère pas directement de recettes » ce modèle d'affaires porte atteinte à l'exploitation normale des programmes etc.

L'on sent bien que le juge appuie son raisonnement sur la *capture*, par *Wizzgo*, de la valeur des œuvres pour développer son propre modèle commercial, plus que sur une analyse juridique technique des droits et exceptions comme dans l'affaire *Personal Video recorder* en Allemagne. En France, cette posture économique est particulièrement claire dans

²¹⁰¹ C. BERNAULT, *Magnétoscope en ligne et droit d'auteur. Plaidoyer pour la théorie de l'évolution* : RLDI, oct. 2008, n°42, p. 12.

²¹⁰² Voir le chapitre précédent.

l'ordonnance de référé rendu le 6 août 2008, puisque le *TGI* a affirmé « qu'il est interdit de créer et s'approprier une richesse économique à partir d'un service de copies d'œuvres ou de programmes audiovisuels qui se soustrait à la rémunération des titulaires des droits de propriété intellectuelle ». Cette approche économique, rendue un peu plus « juridique » par les juges du fond en raison de la référence à la « source licite » ne présente pas que des inconvénients. Comme déjà vu, une interprétation technique des actes en question ne facilite pas la qualification juridique de l'acte, au contraire. En raison de l'interactivité, l'approche technique est très aléatoire, et un résultat inverse à la solution proposée par la jurisprudence allemande dans l'arrêt *Personal-Videorekorder* n'aurait pas étonné les juristes allemands.

Force est néanmoins de constater qu'un même modèle économique, donnant lieu à de même questions juridiques en France et en Allemagne, à une époque similaire, entraîne néanmoins une réponse juridique différente. Alors qu'en France, ce modèle économique de *Wizzgo* a été rejeté, le modèle économique de *Personnel-Videorecorder* a été accepté en Allemagne. Par un jugement rendu le 25 novembre 2008, le tribunal de Grande Instance de Paris a en effet confirmé les motifs de l'ordonnance de référé et a condamné *Wizzgo* à payer à M6, 460 000 EUR de dommages et intérêts au titre de la contrefaçon. En Allemagne, le *BGH* a considéré qu'il n'y avait pas atteinte au droit d'auteur. La décision allemande est loin d'être isolée. En 2008 en effet, une Cour d'appel des Etats-Unis²¹⁰³ a également admis la légalité d'un tel modèle d'affaires. A la différence de la solution française, l'utilisateur final a été qualifié de copiste, et les actes de diffusion réalisée par la *start up* ne peuvent pas s'analyser comme une communication au public, puisque chaque enregistrement est individuel et privé²¹⁰⁴. Il est intéressant d'observer qu'à l'étranger, c'est plutôt l'utilisateur qui est considéré comme le copiste. Comme en Allemagne, les juges se placent²¹⁰⁵ au niveau de la volonté de l'utilisateur. C'est l'utilisateur qui enclenche l'enregistrement et il est à l'origine de la diffusion par ce seul fait. Les juges français quant à eux, se placent au niveau de l'opérateur, considérant plus l'utilisateur comme une cible commerciale que comme décideur à part entière.

Un résultat si différent dans deux pays ayant une frontière commune, alors même que la législation de l'Allemagne et de la France semble avoir fait l'objet d'une harmonisation sur le plan européen, n'est pas satisfaisant. D'une part, elle ne correspond sûrement pas à une liberté de service voulu sur le plan politique au niveau de l'Union européenne et présente un véritable danger quant à la liberté de concurrence sur le plan européen. On abouti à un tapis, c'est-à-dire à un *patchwork*. D'autre part, cela n'encourage pas les *start up* à créer de nouveaux modèles économiques en Europe, puisqu'il y a une véritable insécurité juridique. Il est intéressant de comparer une qualification juridique totalement différente d'un même modèle d'affaires ayant recours à de nouvelles technologies, et de constater ainsi une tradition juridique différente de l'application des droits d'exploitation dûe en partie à une structure différente des droits et à un manque d'harmonisation des exceptions.

²¹⁰³ Voir à ce propos : *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc. & Cablevision* (07-1480, 07-1511), Cour d'appel des Etats-Unis, 2nd district, 4 août 2008. Voir V.-L. BENABOU, L. obs. sur Cour de district de New-York, 22 mars 2007 et Cour d'appel des Etats-Unis, 4 août 2008, aff. *Cablevision* : PI 2009, n°30, p. 70.

²¹⁰⁴ Il est cependant vrai que la loi américaine ne connaît pas de « *de copie licite* ».

²¹⁰⁵ Voir A. SINGH, D. CALMES, *La justice dit « no go » à Wizzgo. Commentaire de la décision du Tribunal de grande instance de Paris du 25 novembre 2008, Wizzgo c/ Métropole Télévision et autres* : RLDI, janvier 2009, n°45 p.6 s. et aussi A. SINGH, B. CHAREY, *L'arrêt Wizzgo : un regard en droit comparé* : RLDI, mars 2012, n°80, p. 10 s.

b- Mise en œuvre au niveau européen

Au niveau européen non plus, le critère économique ne constitue pas explicitement un élément de la définition des droits. On peut noter qu'à la différence de la loi allemande, la directive *InfoSoc* n'emploie pas la terminologie de « droits d'exploitation ». En fait, la notion d'exploitation n'est employée au niveau européen que pour énoncer le triple test. La « limite des limites » est prévue à l'art. 5 (5) de la directive *InfoSoc* suivant la formulation suivante : « Les exceptions et limitations prévues au paragraphe 1, 2, 3, et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'*exploitation* normale de l'œuvre ou autre objet protégé, ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droit ». A partir du moment où le triple test est déjà ancré au niveau des textes internationaux²¹⁰⁶, dans lesquels sont notamment réglés les aspects relatifs au commerce ayant attiré au droit d'auteur, il n'est pas étonnant que la notion d'exploitation, soit comprise dans un sens économique, et corresponde ainsi à une compréhension intuitive de l'exploitation.

Bien que les textes européens n'apportent pas beaucoup de points d'ancrage permettant de justifier une interprétation économique des droits, il apparaît de manière croissante dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative au droit de communication au public que celle-ci n'est pas insensible aux avantages économiques qu'un utilisateur d'une œuvre retire d'un acte de communication au public. L'importance apportée au caractère lucratif concerne surtout l'interprétation de la notion de communication au public au sens de l'art. 8 §2 de la directive 92/100/CE ou 2006/115/CE relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle. L'argumentation développée par la CJUE dans les deux affaires jointes *Marco del Corso* et *ppl*, prévoit explicitement que si « le caractère lucratif d'une communication au public au sens de l'art. 3, paragraphe 1 de la directive 2001/29 n'est pas dénué de pertinence, il doit en aller à plus forte raison en présence du droit à rémunération équitable, essentiellement économique, dont disposent les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes en vertu de l'art. 8, paragraphe 2 de la directive 2006/115 ». Le caractère lucratif constitue donc a priori un élément constitutif indispensable de la notion de communication au public. Ainsi, la mise à disposition de programmes télévisés dans des chambres d'hôtel augmente le standing et donc le prix de cet établissement, et permet entre autre de caractériser une communication au public. Au contraire, un tel critère lucratif plaide en défaveur de la perception d'un tel droit auprès d'un dentiste pour lequel la diffusion de musique dans son cabinet ne procure aucun avantage financier ou auprès de la clientèle.

Il faut néanmoins souligner que la jurisprudence développée dans les affaires *Marco del Corso* et *ppl* interprète la notion de communication au public telle qu'elle est évoquée dans un article relatif à un droit à rémunération équitable en faveur entre autre, de producteurs de phonogrammes. L'art. 8, paragraphe 2 dispose en effet, que « les Etats membres prévoient un droit pour assurer qu'une rémunération équitable et unique est versée par l'utilisateur lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé [...] pour une communication quelconque au public, et pour assurer que cette rémunération est partagée entre les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes concernés. [...] ». Alors qu'au sens de l'art. 3, paragraphe 1, la notion de communication au public est comprise au sens d'un droit exclusif en faveur des auteurs, la notion de communication au public au sens de l'art. 8, paragraphe 2 est une

²¹⁰⁶ Voir art.13 TRIPS- *Übereinkommen* ; Art.10 WCT, Art.9 II RBÜ.

condition permettant de mettre en œuvre un droit à rémunération équitable. Une telle différence de nature des dispositions pose la question de savoir, si ces deux notions, sous prétexte d'une terminologie identique doivent englober un même concept. La question est posée de savoir si la communication au public n'est pas constituée de deux notions différentes ?

Le postulat d'une notion différenciée de la communication au public est conforté en ce que le caractère lucratif de la communication au public ne semble pas constitué un critère à part entière mais plutôt jouer le rôle d'un indice implicite, dès lors que la notion de communication au public est interprétée dans le contexte de l'art. 3, paragraphe 1 de la directive *InfoSoc*. En droit d'auteur, la Cour de justice a pu relever en 2006 dans l'arrêt *SGAE*²¹⁰⁷, que le caractère lucratif liée à l'intégration de programmes télévisés dans un bouquet satellite développant une offre soumise à un abonnement n'est pas une condition indispensable pour déterminer l'existence même d'une communication au public. En 2011, la *CJUE* va jusqu'à considérer qu'un tel caractère lucratif concrétisé par le fait que la diffusion de matches de foot dans un pub anglais y attire la clientèle et donc un certain profit, n'est *pas dénué de pertinence*²¹⁰⁸ pour qualifier une communication au public. Dans des décisions plus récentes liées à l'interprétation de l'art. 3, paragraphe 1, les juges européens admettent néanmoins, que « le caractère lucratif n'est pas déterminant pour la qualification d'une retransmission, telle que celle en cause au principal, en tant que « communication »²¹⁰⁹. Le postulat d'une notion différenciée de la communication au public semble donc confirmé, d'autant plus qu'une telle approche a été confirmée par l'arrêt *OSA*.

Cette approche différenciée ne correspond pas à la volonté affirmée par la *CJUE* de définir une notion autonome et uniforme (et donc identique pour toutes les directives) de la communication au public. Ce manque de cohérence de la jurisprudence de la *CJUE* entraîne une incertitude juridique quant à la définition à donner à la notion de communication au public.

Même à considérer que le critère lucratif puisse « peser dans la balance », sa portée pratique reste délicate.

2- Difficulté de mise en œuvre de ce critère

Les difficultés de mises en œuvre sont dues à la polysémie de la notion « lucratif » (a) et à une interactivité accrue dans un monde numérique (b).

a- Contours flous

Même à considérer que le caractère lucratif ne soit retenu que dans le cas d'une diffusion de programmes au sens de l'art. 8§2 de la directive 92/100, quelle est la portée pratique de ce critère ? Quand peut-on considérer que la diffusion de musique d'ambiance permet d'espérer des revenus supplémentaires, c'est-à-dire un but lucratif ?

Quand peut-on considérer que le caractère lucratif de l'activité lié au caractère réceptif du destinataire est rempli ? La diffusion de musique d'ambiance dans un espace commercial ne

²¹⁰⁷ n° 44.

²¹⁰⁸ n° 204 (*Football*).

²¹⁰⁹ Arrêt *ITV-Broadcasting*.

semble pas constituer une communication au public, puisque le public n'est pas forcément réceptif. Comment considérer qu'un public est réceptif ? En fait, la *CJUE* ne donne pas de définition du caractère lucratif.

Puisque la *CJUE* ne définit pas le caractère *lucratif* ni même ce qu'est une *utilisation commerciale*²¹¹⁰, on peut rechercher par analogie au langage courant et au droit national, la signification de ces termes. Un caractère lucratif (– Lat. *lucratus, de lucrums*) procure un gain, un profit, un avantage²¹¹¹. Un gain (subst. verbal de gagner) est un bénéfice, par opposition à une perte, ou d'un avantage particulier par opposition à l'égalité.

Le profit — lat. *profitus, de proficere* — constitue également soit un bénéfice, soit une économie. Une utilisation ou une exploitation commerciale, c'est une exploitation qui se rapporte au commerce au sens juridique ou économique. Or qu'est-ce que le commerce ? Le commerce permet aux richesses de passer des producteurs aux consommateurs²¹¹². Cette notion n'est donc pas obligatoirement associée à l'idée de gain, de profit puisque le commerce peut aussi est déficitaire. Le commerce a donc une dimension économique que n'a pas forcément le but lucratif. Pour M. Handig²¹¹³, un rapprochement des deux terminologies « but lucratif » et « utilisation commerciale » est toutefois rendu possible à partir du moment où le but lucratif est employé par la *CJUE* dans un rapport connexe avec deux autres terminologies, à savoir « l'intention de percevoir des gains²¹¹⁴ » et « l'avantage économique²¹¹⁵ ». Par conséquent, il semble que l'on puisse faire un rapprochement entre le caractère lucratif et une utilisation commerciale.

Reste cependant à savoir, quels sont les contours à donner à un caractère lucratif, ou à une utilisation commerciale²¹¹⁶ ? Le caractère commercial englobe-t-il le caractère professionnel ? S'agit-il de prendre en compte un caractère commercial direct ou indirect ? Et surtout, Qui réalise le caractère lucratif²¹¹⁷ ? Le diffuseur, les intermédiaires, l'auteur ?

b- Enjeux liés à l'interactivité

La question est de savoir à qui doit profiter le caractère lucratif de l'utilisation²¹¹⁸. Qui bénéficie des gains ainsi réalisés ? Comment déterminer la personne bénéficiant du caractère

²¹¹⁰ En droit allemand, on parlera d'une *utilisation commerciale* et en droit français, on parlera d'une *exploitation commerciale*.

²¹¹¹ G. CORNU.

²¹¹² G. CORNU.

²¹¹³ ZUM 2013, 273-278.

²¹¹⁴ Art.5 abs.3 lit. a, b et j de la directive 2001/29/CE.

²¹¹⁵ Voir l'arrêt *PPL*, n° 51. A ce propos, on peut souligner que l'on a d'autres exemples issus du droit d'auteur qui font le parallèle entre l'utilisation de la terminologie de « compensation équitable » [gerechter Ausgleich] (dans le sens de l'art.5 de la directive InfoSoc) ou de « rémunération équitable » [angemessene Vergütung] (dans le sens de l'art.5 de la directive location/prêt).

²¹¹⁶ Ici, il faut remettre tous les développements liés à la recherche d'une définition du caractère commercial au niveau des exceptions etc...§ 52a UrhG, § 52b, § 45.

²¹¹⁷ En raison de l'interactivité.

²¹¹⁸ C'est surtout d'abord l'interactivité entre le « Nutzer » et les intermédiaires, car une « capture de valeur » par le Nutzer va entraîner la mise en œuvre d'un droit d'exploitation. Mais c'est aussi une question d'interactivité entre les distributeurs et les intermédiaires. Et il faut aussi penser aux médias sociaux.

lucratif? L'enjeu est de taille. La personne réalisant des bénéfices réalisent vraisemblablement aussi une exploitation de l'œuvre.

Dans les arrêt *Marco del Corso* et PPL, la personne prise en compte est celle de l'utilisateur, c'est-à-dire l'hôtelier ou le dentiste. Dans le cas du dentiste, les faits sont simples, puisque le dentiste « met à la disposition » des clients des œuvres radiodiffusées. Au delà de savoir, si le dentiste réalise oui ou non un bénéfice, la personne pouvant être qualifiée d'utilisateur est bien le dentiste. Que se passe-t-il lorsque le dentiste n'est pas seul dans son cabinet, mais travail avec ses collègues? Que se passe-t-il si une entreprise sous-traitée a mis en place les radios dans les salles d'attente? En pratique, cette question est bien plus complexe encore dans le cadre de l'affaire ppl au sujet de l'hôtelier. En l'espèce, l'hôtelier est bien l'utilisateur et réalise un but commercial à partir du moment où il peut théoriquement répercuter l'installation sur le prix des chambres. En pratique, comment déterminer l'utilisateur? S'agit-il de la personne mettant en place les infrastructures techniques? Qui est l'utilisateur, lorsque l'hôtel fait appel à une entreprise se sous-traitance? Lorsque ceux qui gèrent l'hôtel, ne sont pas les mêmes que ceux qui s'occupent de la maintenance? La même difficulté liée à la détermination de l'utilisateur est soulevée lorsqu'il s'agit de rechercher qui est l'exploitant d'un café ou d'un restaurant etc.

En raison de l'interactivité rendue possible par le monde numérique dématérialisé, la difficulté à déterminer la personne réalisant un but lucratif et donc selon la conception économique du droit d'auteur, un acte d'exploitation de l'œuvre est encore plus difficile. Comme déjà analysée auparavant, les parties en présence dans le monde de l'*internet* sont nombreuses: on identifie par exemple un certain nombre d'intermédiaires, tel des fournisseur d'accès, ou fournisseur de contenus dont le rôle est ambiguë. Les prestations de ces intermédiaires ne sont-elles que techniques, ou peuvent-ils être considérées comme de véritables acteurs? Un même acte d'utilisation d'une œuvre peut-il être réalisé par plusieurs personnes successives? En fait, prendre en compte le caractère lucratif d'un acte, signifie que l'on va accorder plus ou moins d'importance à l'une ou à l'autre personne, selon caractère lucratif ou non de son acte.

Prenons deux exemples du monde numérique.

Traditionnellement, on considère que dans le cadre d'un échange d'œuvres *Peer-to-Peer*, l'utilisateur, bien que ne poursuivant pas véritablement de but commercial puisqu'il ne fait que « partager » ces œuvres, exploite en fait ces œuvres, à partir du moment où ces dernières sont indirectement « communiquées au public ». Accorder de l'importance au caractère lucratif d'un acte d'utilisation revient alors à se poser la question suivante : le recours à la technique du *Peer-to-Peer* engendre-t-il des bénéfices? Et dans ce cas, qui profite de ceux-ci? Il semble que ce sont les intermédiaires qui réalisent indirectement des bénéfices. Doit-on alors considérer que les intermédiaires, faisant par exemple des bénéfices par le biais de l'insertion de publicité, réalisent une exploitation de l'œuvre?

La même question se pose à propos de modèles économiques utilisant la technique du *streaming*. La poursuite ou non d'un but lucratif par l'une ou l'autre personne influence la qualification d'un acte d'utilisation. Sans entrer dans l'analyse selon laquelle, la simple consultation d'une œuvre par le biais de la technique du *streaming* impliquerait d'un point de vue purement technique, l'existence d'une copie temporaire ni de savoir si cette copie pourrait être constitutive d'un acte de reproduction au sens de l'art. L.122-3 *CPI*, la simple lecture ou visualisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur en *streaming* n'est que très rarement liée à un projet de mise à disposition du public d'une œuvre en vue de tirer un profit financier. L'utilisateur-consommateur cherche donc avant tout à « jouir » de l'œuvre. L'acte

d'utilisation de l'œuvre ne semble donc pas revêtir un caractère « économique ». L'acte d'utilisation n'ayant pas de caractère économique, on peut en déduire que l'acte de l'utilisateur ne constitue pas un acte d'exploitation et ne relève donc pas du droit d'auteur. Peut-on au contraire considérer qu'un but économique est poursuivi par les diffuseurs d'œuvres en *streaming*? La réponse est complexe, tant l'écosystème du *streaming* est variable. En fait, Les diffuseurs en *streaming* constituent souvent des opérateurs professionnels fournissant un ensemble de services complémentaires en plus de la mise à disposition des œuvres, et poursuivent ainsi une véritable activité commerciale. Et c'est là qu'intervient le doute : les diffuseurs d'œuvres en *streaming* proposent-ils des contrats d'exploitation ou des contrats procurant simplement un accès aux œuvres protégées ?

Avant de discuter cette question, il est nécessaire tout d'abord de rendre compte de la complexité des modèles économiques développés autour d'un service *streaming*. A qui revient le profit dégagé de la publicité ou de l'abonnement ?

Selon « le rapport sur les moyens de lutte contre le *streaming* et le téléchargement direct illicites »²¹¹⁹, on distingue deux catégories de « services » de *streaming* apparemment indépendants mais complémentaires. Il s'agit d'une part des « services de contenus » qui hébergent et « distribuent » des contenus et mettent à disposition les fichiers vidéos ou musicaux par *streaming* et d'autre part, des « sites ou services de référencement », qui, sans héberger eux-mêmes de contenus désignent les sites qui répertorient les liens vers les fichiers vidéo ou musicaux.

Dans le cadre des « services de contenus », deux niveaux de service sont généralement proposés. Premièrement, il peut s'agir d'un mode d'accès gratuit au contenu. Dans ce cas, le temps de visionnage, tout comme le débit est généralement limité. Le service étant gratuit, aucun profit n'est apparemment recherché. Deuxièmement, un autre mode d'accès par abonnement dit « premium » aux œuvres disponibles en *streaming* est possible. Cette offre premium ouvre généralement des fonctionnalités supplémentaires. Il s'agit par exemple de visionner des contenus sans limite de temps, d'un débit accru pour le téléversement de fichiers ou même la possibilité *in fine* de télécharger les fichiers. Il est clair que le service donnant lieu à un paiement par abonnement, poursuit un but économique direct. Pour la visualisation de vidéos, un tel service est par exemple proposé par *VideoBB*, ou *Videozer*, *MixtureVidéo* etc. Dans le domaine de la musique, on peut par exemple citer *Spotify*, *Musicoverly*, *Deezer*, *Jiwa* etc. Un accès gratuit ne signifie pourtant pas nécessairement que les diffuseurs de *streaming* agissent sans intention lucrative. En effet, un accès gratuit peut très bien faire l'objet d'un financement indirect par de la publicité. En effet, les services de contenus et de référencement ont souvent recours tous les deux à la publicité pour financer leurs opérations. L'impact en terme de « génération » de revenus est généralement très différent entre les types de services. Alors que la publicité est relativement marginale pour les sites de contenus, elle est la première source de revenus pour les sites de référencements.

De manière simplifiée, le modèle de revenus des sites de *streaming* s'articule donc autour d'une part, des abonnements payants et d'autre part, de la publicité sur les pages des

²¹¹⁹ Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites. Mission confiée à Mireille Imbert-Quareta, Présidente de la Commission de Protection des Droits de l'Hadopi, par Marie-Françoise Marais, Présidente de l'Hadopi Paris, le 15 février 2013.

sites (bannière²¹²⁰ ou pop-up²¹²¹), calculée en tenant compte du taux de régie, de CPMs²¹²² ou de CPC²¹²³ et du volume d'impressions publicitaires autour de la vidéo.

Bien que d'un point de vue technique, on puisse opposer le *streaming* au *download*, puisque le *streaming* ne permet qu'un simple accès à l'œuvre, il ne fait plus de doute que les diffuseurs d'œuvre en *streaming* poursuivent généralement un but économique. Reste à déterminer, qui peut-être qualifié de diffuseur ? Est-ce l'utilisateur, qui télécharge de manière ascendante sa vidéo, et qui sans l'aide d'une plateforme ne pourrait y parvenir ? Est-ce l'hébergeur de la vidéo ? Est-ce le fournisseur d'accès ? En fait, tous les acteurs intervenants dans la « mise à disposition » d'une œuvre par le biais du *streaming*, jouent chacun, pris individuellement un rôle indispensable, comme le maillon d'une chaîne. En raison de l'intervention de nombreux acteurs différents, et de la réalisation de bénéfices par différentes personnes (par exemple, une personne réalise des bénéfices en raison de l'abonnement, une autre personne en raison des revenus générés par la publicité) et de la difficulté d'attribution d'un bénéfice à une personne distincte, l'approche fonctionnelle de l'exploitation essayant de contourner les difficultés d'une approche technique, en tenant compte d'un caractère lucratif n'est pas plus simple à mettre en œuvre.

B- Conséquences d'une caractérisation économique de l'exploitation

Tenant compte d'une approche économique, il y a exploitation dès lors qu'il y a poursuite d'un caractère lucratif. On distingue donc les actes d'utilisation à caractère lucratif et les actes d'utilisation à caractère non lucratif. A moins que l'on puisse considérer qu'un acte présentant un caractère privé, ne constitue aucunement un acte d'exploitation. Ainsi, il ne s'agit donc plus d'opposer une utilisation privée à une utilisation publique, mais une utilisation privée à une utilisation commerciale.

1- Conséquences pour l'étendue de l'exploitation

La prise en compte du caractère lucratif a pour conséquence, que seul les actes ayant un caractère lucratif constituent des exploitations. A *contrario*, les actes ne constituant pas des actes lucratifs, ne sont pas considérés comme des actes d'exploitation. Le curseur permettant de définir une exploitation est donc déplacé. D'une part, certains actes, tombant sous l'ancien critère de l'exploitation sont exclus de l'exploitation et d'autre part, des actes auparavant exclus sont maintenant intégrés dans le champ d'application de l'exploitation.

a- Exclusion d'actes d'utilisation auparavant inclus dans le champ du droit exclusif d'exploitation

Considérer le caractère lucratif comme un critère à part entière permettant de définir une exploitation a pour avantage d'exclure du champ d'application des actes d'utilisation d'œuvres

²¹²⁰ Rectangulaires larges, carrées, verticales etc.

²¹²¹ Fenêtres surgissant au-dessus et en dessous de la fenêtre de navigation principale.

²¹²² Coût pour mille affichages (CPM).

²¹²³ Coût par clic (CPC).

liés à la simple jouissance privée non lucrative de celles-ci. Prenons pour exemple un adolescent ayant son propre blog sur *internet* et utilisant pour musique de fond la chanson d'une star hollywoodienne. En l'état actuel du droit français et allemand, l'adolescent réalise un acte de contrefaçon. Admettre qu'un acte pouvant être qualifié de *communication au public* présente nécessairement un caractère lucratif permettrait de considérer que « l'acte d'utilisation » de l'œuvre réalisée par l'adolescent ne tombe pas dans le champ d'application du droit d'auteur. En effet, l'adolescent n'a pas l'intention de faire des profits. Il souhaite tout simplement partager ses goûts. C'est pourquoi, il est tout à fait souhaitable que l'utilisation d'une telle œuvre ne fasse pas l'objet d'un droit d'exploitation.

Plus radicalement, la prise en compte du caractère lucratif comme un critère à part entière revient à considérer *a contrario* que les actes n'ayant pas de caractère lucratif ne relève pas de l'exploitation et n'entre donc pas dans le champ d'application du droit exclusif, bref ne relève pas du droit d'auteur. A partir du moment, où de nombreuses exceptions ne privilégient justement que les acte d'utilisation des œuvres ne poursuivant pas de caractère lucratif ou commercial, la prise en compte d'un caractère lucratif au niveau de la définition des droits aurait des conséquences importantes sur le catalogue existant des exceptions. Ces exceptions délimiteraient en fait la définition même des droits. Il en serait par exemple ainsi de l'exception de copie privée, de l'exception pédagogique et de recherche etc. Il faut bien se rendre compte, que la prise en compte d'un caractère lucratif sur le plan de la définition des droits aurait des conséquences néfastes pour la visibilité de la norme. Il ne s'agit ici bien sûr qu'une appréciation tenant compte de la technique législative.

Sur le fond, la prise en compte d'un caractère lucratif permet tout de même d'inclure dans le champ d'application du droit exclusif certains actes utilisant la technique du *streaming*, du *cloud computing* et des *hyperliens*, parfois exclus du champs d'application du droit exclusif, alors même que d'un point de vue économique et fonctionnel, ces actes permettent l'exploitation d'une œuvre.

b- Prise en compte d'actes d'utilisation auparavant exclus du champ de l'exploitation

Alors que sur le plan technique, certains actes ne permettent qu'un accès à une œuvre protégée, une approche économique des mêmes actes permet d'inclure ces actes dans le champ d'application de l'exploitation. En fait, l'utilisation de trois techniques que sont le *streaming*, les *hyperliens*, et le *cloud computing* brouillent les frontières classiques dans le monde analogique entre le simple accès à une œuvre (par le biais généralement d'un contrat permettant l'accès à une œuvre – prestation de service ou de biens), et l'exploitation d'une œuvre (donnant lieu généralement à un contrat d'exploitation). La prise en compte du caractère lucratif permet un réajustement en faveur de l'exploitation d'une œuvre, favorisant ainsi les intérêts des titulaires de droit.

Dès lors que le but de l'exploitation d'une œuvre consiste précisément à « capturer la valeur de l'œuvre », plusieurs hypothèses peuvent-être évoquées. Premièrement, il y a exploitation dès lors que l'on pose un lien envers une œuvre protégée, a fortiori lorsque cette œuvre est incorporée dans une page *web* par le biais d'un *frame*. Deuxièmement, on peut aussi émettre le postulat suivant lequel un utilisateur visualisant par exemple un film situé dans un *cloud* par le biais du *streaming* « capture bien la valeur de cette œuvre », et que sur le plan économique, son acte est donc comparable au téléchargement de ce même film. Vérifions ces hypothèses.

L'utilisateur poseur d'un lien envers une œuvre protégée capture-t-il la valeur des œuvres ? Cette « capture de l'œuvre » est-elle plus ou moins flagrante/intensive suivant la technique utilisée ? Les développements précédents avaient permis une classification des liens tenant compte de la technique de *linking* (type de code HTML) utilisée. Cela permettait notamment de distinguer les liens externes ne renvoyant qu'à une page *web* contenant une œuvre protégée, des liens internes, liant directement les œuvres pour soi, dans le cadre d'un *frame*. Plus encore que la pose d'un lien externe profond ou en surface, il semble qu'une forme particulière du *framing*²¹²⁴, à savoir le *embedded link* facilite de la part du poseur de liens, une « capture de valeur » de l'œuvre. En fait, cette technique permet l'insertion dans une page *web* d'une image (un graphique, un logo par exemple, protégé par le droit d'auteur) et ce, sans quitter la page du site établissant le lien. L'activation automatique du lien par le navigateur donne l'impression à l'internaute qu'il est en train de voir une image provenant de la page *web* consultée, alors qu'en réalité l'image provient d'une autre page *web*. Grâce à ce lien, le poseur des liens insère des images sans devoir les copier puisqu'à aucun moment, l'image n'est reproduite sur le site établissant le lien. Cette technique permet donc d'économiser de l'espace sur le disque dur du serveur qui héberge la page établissant un lien automatique. Ici, on peut donc considérer qu'il y a « capture de valeur » de l'œuvre par le poseur de lien puisque ce dernier « s'approprie » le document hypertexte d'autrui, et profite donc ainsi des efforts fournis par l'exploitant du site relié²¹²⁵. De part sa « capture de valeur » la pose d'un lien peut donc être qualifiée d'exploitation. Alors que selon une approche technique, la pose d'un lien ne permet qu'un accès à l'œuvre, une approche économique permet d'inclure la pose d'un lien dans le champ d'application du droit d'auteur.

Une telle argumentation fondée sur la « capture de valeur » a d'ailleurs été développée par la juridiction de première instance à Munich, qui a fait droit aux demandes de *Bestwater*, une entreprise qui fabrique et commercialise des systèmes de filtre à eau. Comme déjà souligné dans le cadre des développements précédents, *Bestwater* a pour ses besoins publicitaires fait produire un film sur le thème de la pollution des eaux, sur lequel, elle détient des droits exclusifs d'exploitation. Cependant, des agents commerciaux indépendants agissant pour le compte d'une entreprise concurrente de *BestWater International* ont permis aux « visiteurs » de leurs sites *internet* de visualiser le film produit par *BestWater International* au moyen d'un lien *internet* utilisant la technique de la « transclusion » ou du *framing*. Ainsi, lorsque les utilisateurs cliquaient sur ce lien, le film provenant de la plate-forme *Youtube* apparaissait en incrustation sur les sites *internet* des agents commerciaux, donnant l'impression qu'il était montré depuis ceux-ci. La juridiction de première instance a dans un premier temps considérée que l'incrustation d'une telle vidéo dans une page *web* constitue un acte d'exploitation d'une œuvre de « mise à disposition » au sens de l'art. 19 UrhG, à partir du moment où les agents commerciaux se sont « appropriés » le contenu tiers²¹²⁶. Il est en effet clair, que l'on n'est pas en présence d'une reproduction, à partir du moment où il n'y a pas de fixation corporelle sur le serveur des agents commerciaux, puisque la vidéo est récupérée à partir du site *Youtube*. A partir du moment où les agents commerciaux ne copient pas la vidéo, les actes ne peuvent pas tomber dans le champ d'application du droit de reproduction. En

²¹²⁴ Strowel effectue une distinction entre *framing* et lien automatique, c'est-à-dire *embedded link* ; voir A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, septembre 2000, n° 185, p. 3 s.

²¹²⁵ A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, septembre 2000, n° 185, p. 37.

²¹²⁶ En allemand : « Das Gericht ist der Auffassung, dass es sich bei dem Fall des sog. *Framing* um eine Nutzungshandlung gem. § 19 a UrhG handelt, wenn sich der Ersteller der Web-Seite den fremden Inhalt zu eigen macht »). Voir LG München I, *Schlussurteil vom 02.02.2011 – 37 O 15777/10*, p. 5.

quoi, l'incrustation d'une telle vidéo constitue-t-elle une atteinte au droit de disposition ? On est en présence d'une mise à disposition au sens de l'art. 19a UrhG, dès lors que l'œuvre a été mise à disposition des tiers.

Il est intéressant de constater que la juridiction de première instance ne considère pas la jurisprudence liée à la mise en place de liens externes, tel est le cas dans l'affaire *Paperboy*²¹²⁷ par exemple ou dans le cas *Session ID*²¹²⁸. Dans l'affaire *Paperboy*, déjà analysée en détail dans la première partie de thèse, la Cour fédérale estime que le fait de renvoyer à un site sur lequel figurent des œuvres protégées ne porte pas atteinte en tant que tel au droit de représentation, plus exactement, n'est pas constitutif d'une mise à disposition du public au sens du paragraphe 19a UrhG, même s'il s'agit d'un lien profond permettant de contourner la page d'accueil du site. Il ne s'agit pas en effet, d'un acte d'exploitation soumis au droit d'auteur, mais d'un simple renvoi à une œuvre déjà mise à la disposition du public et à laquelle l'accès est ainsi seulement facilité. L'arrêt *Session-ID* apporte des précisions en considérant que la pose d'un lien profond est en revanche contrefaisante lorsqu'elle s'accompagne d'un contournement des mesures techniques de protection mises en place par le titulaire des droits d'auteur pour ne permettre l'accès du public aux œuvres protégées qu'en passant par la page d'accueil du site.

La juridiction rappelle, que la Cour fédérale de justice ne s'est pas encore prononcée sur la qualification juridique du *framing*. Bien que comme dans l'affaire *Paperboy*, le poseur d'un *framing* n'a pas le contrôle si l'œuvre reste « à disposition » sur *Youtube*²¹²⁹, le cas du *framing* présente un certain nombre de particularités. En cela, la juridiction de première instance se réfère à l'argumentation déjà développée dans un autre arrêt de la juridiction de première instance de Munich²¹³⁰. Selon la juridiction de première instance de Munich, on peut très bien considérer qu'il y a mise à disposition, alors même que le contenu ne provient pas du propre serveur et qu'il n'existe pas de maîtrise de l'œuvre à l'emplacement de son « stockage »²¹³¹.

Quelles sont les différences entre la pose d'un lien externe et la pose d'un *frame* ?

Dans le cas d'un lien externe vers une œuvre protégée, il est clair pour l'utilisateur, qu'il doit quitter le site *internet* pour atteindre (*zugreifen auf*) l'œuvre. Selon la juridiction de première instance, ceci est visible sur l'écran, à partir du moment où l'on peut voir l'adresse *internet* du site relié. Il en va de même au niveau du *deep link*. Alors que dans le cadre du *framing*, il est également parfois possible pour l'utilisateur de savoir d'où vient le *frame*²¹³², la juridiction de première instance de Munich considère que la situation est différente au niveau du *framing*. Selon elle, l'utilisateur ne peut pas reconnaître que le contenu se trouve sur un serveur tiers.

²¹²⁷ BGH, 17 juill. 2013, I ZR 259/00, *Paperboy* : GRUR 2003, 958.

²¹²⁸ BGH, 29 avr. 2010, I ZR 39/08, *Session-ID* : GRUR 2011, 56.

²¹²⁹ Traduction de l'allemand : «Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass entsprechend den Ausführungen des BGH in der Paperboy-Entscheidung auch vorliegend die Beklagten nicht darüber entscheiden, ob das streitgegenständliche Video auf dem Ursprungsserver eingestellt bleibt und über *YouTube* abgerufen werden kann».

²¹³⁰ LG München I, Urteil vom 10.01.2007, 21020028/05 (Fisch Fall).

²¹³¹ Es ist dem Begriff des Zugänglichmachens nicht zu entnehmen, dass eine Lieferung der Datei von eigenen Server erfolgen muss bzw. dass eine eigene Sachherrschaft über den Ablageort der zugänglich gemachten Datei zu fordern ist.

²¹³² Voir M. SLOWIÖCZEK, *Embedded Content und Urheberrecht – aktuelle Rechtsprechung und Haftungsfragen*, in : *Big Data & Co, Neue Herausforderungen für das Informationsrecht*, J. Taeger (éd.), Tagungsband Herbstakademie 2014, p. 263.

En cela, la juridiction de première instance de Munich suit l'argumentation développée dans un jugement de la 21^{ème} chambre civile, qui a développé les critères suivants :

Le critère principal de la distinction entre la mise en place d'un lien et d'un *frame* réside dans le fait que le fabricant²¹³³ d'un site s'approprie des contenus tiers. Il est intéressant de voir, comment il a concrètement été décidé, que les vidéos ont fait l'objet d'une appropriation. Il est clair, que la vidéo présentée était issue de *Youtube* puisque ceci était visible par le biais d'un *logo*, en bas à droite. Néanmoins, la juridiction considère tout de même que cette vidéo a fait l'objet d'une appropriation. En effet, cette vidéo était visible sous la rubrique « mes vidéos ». Il y a donc une appropriation alors même que la vidéo était issue de *youtube*. En effet, le consommateur moyen a conscience que les vidéos présentes sur le site *Youtube* sont mises à disposition par des utilisateurs. C'est pourquoi, du point de vue d'un utilisateur, on peut raisonnablement considérer que la vidéo a été mise en place par les agents commerciaux.

Est-ce ici un critère technique, ou plutôt économique ? En fait, il semble que l'on fleurisse ici avec une « Irreführung des clients ». On cherche à tromper les clients. On est donc plutôt au niveau de la concurrence déloyale. Pour conclure, l'argument selon lequel, on s'approprie les vidéos est assez vague. Cependant, même en France, on a cherché à savoir, si la solution ne serait pas différente en présence du *framing*, qui donne l'impression à l'internaute qui va cliquer sur le cadre ou l'image « importée » qu'il n'a pas changé de site. Ce sort particulier avait été suggéré par différentes décisions françaises qui distinguaient selon que le *framing* cachait la reproduction du site dans un autre²¹³⁴ ou ne faisait que conduire au site cible²¹³⁵.

Soit on s'attache à une argumentation technique selon laquelle la technique du *frame*, quelque soit cette technique, ne permet *pas* de s'approprier les contenus. Tel est le cas par exemple de l'arrêt de Nancy et aussi d'un arrêt de Cologne (OLG Köln : MMR 2013, 192 ff.).

Dans un jugement du 6 décembre 2010, le TGI de Nancy²¹³⁶ a considéré que le pure player d'actualités Dijonscope n'avait pas commis d'acte de contrefaçon ni de concurrence déloyale en publiant une revue de presse du *web* qui permet grâce à un lien hypertexte d'accéder directement aux pages des articles cités et résumés. En effet, deux journaux historiques papier (Le journal de Saône-et-Loire et le Bien Public) aujourd'hui présents sur *internet*, proposent un accès gratuit de leurs articles le premier jour de leur diffusion. Ils constatent que ces articles se retrouvent référencés par le biais de liens hypertextes cliquables sur le site de la société Dijonscope, un journal de presse en ligne, dans une rubrique « revue du *web* ». Plus précisément, le site Dijonscope permet à l'internaute d'accéder à une liste chronologique d'articles, faisant chacun l'objet d'une très courte présentation, puis à une page mentionnant le titre de l'article, sa source, ses dates et heures de parution ainsi que les premières lignes ou un court résumé du texte. Les deux journaux saisissent les tribunaux jugeant cette pratique constitutive d'une concurrence déloyale et d'une contrefaçon. Selon le tribunal de grande instance de Nancy, les liens profonds avec conservation du cadre supérieur ne constituent pas de la contrefaçon. Les juges précisent d'une part, que l'usage d'un lien dit « profond » ne constitue pas en lui-même un acte de contrefaçon, et d'autre part, que « le *frame* [cadre] inférieur de la page de consultation de l'article auquel il est renvoyé ouvre sur le site *internet* distant dans sa complète intégrité, à l'intérieur duquel l'internaute peut librement naviguer et pouvant être ouvert sans *frame* dans un nouvel onglet ». Ainsi « nonobstant la persistance de l'adresse URL du site Dijonscope dans la barre d'adresses du navigateur *internet* et l'utilisation

²¹³³ et non forcément l'exploitant, traduction de *Ersteller*.

²¹³⁴ TGI Paris, 25 juin 2009 : RLDI 2009/53, n°1760, obs. TREZEGUET.

²¹³⁵ TGI Nancy, 6 déc. 2010 : RTD com. 2011, p.346, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

²¹³⁶ Voir le jugement, tribunal de grande instance de Nancy, pole civile, section 1 civile, *jugement du 6 décembre 2010* : Expertises, mars 2011, p. 88 et p. 114-120 ; RLDI, n°69, Mars 2011, p. 19-20.

de frame, devant certes être examinées au regard de la concurrence déloyale, il apparaît que la défenderesse ne communique pas elle-même les articles en litige au public mais met uniquement à la disposition de ce dernier les liens lui permettant de visionner les sites *lejsl.com* et *lebienpublic.com* sur lesquels s'effectue la représentation ». Par ailleurs, on retiendra aussi que les liens profonds avec conservation du cadre supérieur ne constituent pas non plus, en l'espèce, de la concurrence déloyale.

Soit on adopte une approche fondée sur un système de valeur. Alors même qu'il n'y a pas de reproduction, il faut se demander s'il y a une communication au public. Tel est le cas des deux arrêts LG de Munich, et de l'arrêt OLG Düsseldorf et de l'arrêt du TGI de Paris, développé ici dans la première partie.

Pour la Cour de justice, la réponse à cette question a été donnée dans l'arrêt *Svensson*. Le point 17 de l'ordonnance rappelle que « la Cour a précisé que cette conclusion n'est pas remise en cause sauf lorsque les internautes cliquent sur le lien en cause, l'œuvre protégée apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site sur lequel se trouve ce lien, alors qu'elle provient en réalité d'un autre site ».

Il est bien difficile en effet, de considérer que cette technique particulière de lien change de nature de la communication sur le fondement du droit d'auteur. La seule échappatoire semble être alors la concurrence déloyale. Dans une affaire *Keljob* assez ancienne, il est intéressant de constater que le tribunal de commerce de Paris avait considéré que « faire apparaître ledit site cible comme étant le sien, sans mentionner la source notamment en ne laissant pas apparaître l'adresse URL, du site lié et de plus en faisant figurer l'adresse URL du site ayant pris l'initiative de ce lien hypertexte [...] sera considéré comme une action déloyale, parasitaire »²¹³⁷.

Une telle approche entraîne la conséquence suivante : dès lors qu'un lien est posé dans le but de « capturer la valeur d'une œuvre » sans le consentement de l'auteur ou du titulaire de droit, mis à part l'application d'une exception²¹³⁸, il y a atteinte au droit d'auteur. Si l'on va au bout du raisonnement, cela signifie que l'établissement d'un lien vers un site qui contient du contenu illicite constitue une contrefaçon.

Une réponse tranchée à une question si controversée ne peut que faire l'objet de critique. Intuitivement, on se rend bien compte qu'en « s'attaquant » au fournisseur de lien, on frappe en quelque sorte à la mauvaise porte. En fait, le premier et principal responsable est bien l'exploitant du site relié contenant le contenu illicite. En effet, il suffit de faire retirer le contenu illicite du site relié pour que le lien cesse par la même occasion de renvoyer vers un contenu illicite. Par contre, si on supprime uniquement l'hyperlien, cela n'empêchera pas le contenu illicite de rester accessible via l'adresse *web* du site relié.

Néanmoins, en droit commun de la responsabilité civile, l'existence d'une responsabilité dans le chef de l'auteur principal d'une infraction n'exclut pas une possible responsabilité dans le chef de son complice. Pour pouvoir condamner le *linking*, il faudrait donc pouvoir admettre en France une complicité (par le créateur du lien) à une infraction première à des droits de tiers (par l'exploitant du site relié). A partir du moment, où dans les pays de droit civil, la

²¹³⁷ T.com. Paris, ord. Réf, 26 déc. 2000, *S NC Havas Numérique c/ SA Keljob*, <*legalis.net*>.

²¹³⁸ Voir l'interprétation de l'arrêt *Svensson*. En absence de consentement : c'est aussi lorsque l'œuvre a été mise en ligne sans l'accord de l'auteur, dans le cadre d'une exception par exemple.

notion de complicité est une notion trouvant principalement son application en matière pénale, la notion de complicité n'est retenue pour les litiges civils que dans des cas d'application bien spécifiques. Peut-on alors considérer qu'en fournissant les coordonnées (par le biais du lien) d'un lieu virtuel (le site relié) où des délits sont commis, on se rend complice d'un tel délit ? Commet-on par ce même fait *une faute* au sens de l'article 1382 du Code Civil ? On le comprend, la question de la responsabilité d'un poseur de liens est loin d'être évidente. En Allemagne, on a adopté une autre solution : celle de la cessation des actes litigieux.

A la réflexion, considérer que l'internaute doit cesser ces actes revient à admettre l'existence d'une attitude *active* de la part de l'utilisateur en vue vraisemblablement de « capturer une valeur ». Mais de quelle valeur s'agit-il ? Comment apprécier la valeur d'une œuvre ? A l'aune des recettes publicitaires ? En fait, cette question relève d'une appréciation sous l'angle du droit de la concurrence. On peut très bien considérer que le poseur de lien « capture » des recettes publicitaires, en détournant vraisemblablement la clientèle du site relié vers son propre site. Il faut rappeler que sur le plan technique, un lien externe en profondeur renvoie à une page secondaire d'un site *web*, c'est-à-dire à toute page *web* différente de la page d'accueil. Dans la mesure où le prix de l'emplacement d'une bannière publicitaire est généralement calculé d'après le nombre de visites de la page d'accueil, la technique d'un lien en profondeur peut représenter un manque à gagner pour l'exploitant du site relié²¹³⁹, à partir du moment où l'internaute n'est pas confronté aux publicités figurant sur la page d'accueil. On peut donc considérer que le poseur de liens capture des valeurs. Cependant, la valeur de l'œuvre ne se limite pas à la valeur des publicités. Ces actes parasites permettant de détourner des recettes publicitaires doivent plutôt faire l'objet d'une appréciation sous l'angle du droit de la concurrence au lieu d'une appréciation sous l'angle du droit de la propriété intellectuelle. En tenant compte de cette constatation, le grief de concurrence déloyale a souvent été soulevé dans le cadre du *framing*. En témoigne notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Düsseldorf 29 juin 1999.

Actuellement, il existe de nombreux modèles d'affaires, proposant un accès à des œuvres situés en fait dans un *cloud*, en contrepartie du paiement d'un abonnement, par exemple. C'est le cas du modèle d'affaires de *Spotify*. A première vue, l'utilisateur-consommateur ne conclut qu'un contrat d'accès, lui permettant de bénéficier de cette prestation de service. L'utilisateur-consommateur ne fait que payer son accès à l'œuvre. Ces nouvelles offres sont plus connues sous le nom de *pay-per-use*. Au lieu de diffuser des exemplaires de reproduction, c'est bien plus l'accès répété ou unique à des contenus protégés qui est rendu possible grâce à une contrepartie financière. Grâce aux fournisseurs d'application en ligne et grâce aux fournisseurs d'applications hébergées, les contenus protégés par le droit d'auteur sont mis à la disposition en ligne, sans qu'une installation durable et permanente ne soit nécessaire dans le système de l'utilisateur.

L'imperméabilité entre le *streaming* et le *download* est confirmée par le fait que l'entreprise *RealNetworks*, par exemple, utilise des mesures de protection techniques, afin de ne permettre que le *streaming* de contenu protégé par le droit d'auteur mais non le *download* de ce contenu par l'utilisateur. Le fait que des mesures techniques de protection soient utilisées dans le but d'éviter le téléchargement durable d'une œuvre confirme l'imperméabilité.

²¹³⁹ Voir A. STROWEL, N. IDE, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* : RIDA, septembre 2000, n° 185, p. 37. p. 19.

§ 2- Instrumentalisation d'une compréhension fonctionnelle de la notion d'exploitation ?

Une approche fonctionnelle de l'exploitation revient à identifier la fonction d'une exploitation. Or la détermination de la fonction d'une exploitation est une question de valeur. Dans quelle mesure et quels intérêts doivent être pris en compte ?

A- Présentation des problèmes : contournement de la notion d'exploitation grâce à l'évocation de critères techniques

A partir du moment où les modèles d'affaires sont de plus en plus complexes, en raison de la dématérialisation et de l'interactivité, ces critères fonctionnels peuvent facilement être contournés en invoquant des critères techniques. En fait, les exploitants créent des modèles économiques tendant justement à contourner l'application des droits patrimoniaux prévus par le droit d'auteur, dans le but de ne pas payer de rémunération à l'auteur²¹⁴⁰. En fait, l'on va voir que l'on essaye en fait de contourner la jurisprudence liée au caractère public d'une exploitation tout comme celle liée au caractère économique de l'exploitation.

1- Contournement du critère *public* de l'exploitation

Dans le monde digital, les modèles d'affaires sont souvent développés dans le but de faire naître l'impression selon laquelle les œuvres sont mis à disposition d'un individu particulier. Cela permet de contourner la qualification de « communication au public », comme c'est le cas par exemple, lorsque qu'un film peut être téléchargée par chaque personne individuelle d'un public. L'illustration classique d'une telle technique, est la fameuse affaire *Wizzgo* déjà évoquée plusieurs fois. Contrairement à l'argumentation plutôt économique développée en France, l'Allemagne a développé une argumentation technique.

En Allemagne, selon une argumentation technique, c'est bien l'utilisateur qui a enregistré et donc copié les vidéos sur l'enregistreur de vidéos, si bien que c'est l'exception de copie privée qui s'applique. Par conséquent, l'utilisation d'une œuvre n'est non pas publique mais bien privée. Dès lors que l'on considère que l'exploitation d'une œuvre a pour fonction d'atteindre un public, force est de constater que l'application de l'exception de copie privée ne permet pas d'atteindre ce public. En cela, on peut dire que le critère du public a été contourné par une compréhension technique de l'utilisation d'une œuvre et l'exploitation d'une œuvre par le biais d'un droit exclusif ainsi rejetée.

Comme déjà vu, un film était autrefois diffusé (ou télédiffusé) vis-à-vis d'un public, et donc à tous les membres d'un public, ce même film peut aujourd'hui être récupéré par chaque membre du public et visionné individuellement au moment et à l'endroit de son choix.

D'un côté, la notion de public successif (*sukzessive Öffentlichkeit*) a été intégrée dans la définition de mise à disposition prévue à l'art. 19a UrhG. D'un autre côté, l'application de l'art. 19a UrhG est incertaine dès lors que le film n'est pas mis à disposition à un public dans sa globalité, mais pour chaque membre de ce public pouvant individuellement « télécharger » le film. On a presque l'impression que cette charge supplémentaire de travail

²¹⁴⁰ Voir G. SCHULZE, *Werkgenuss und Werknutzung in Zeiten des Internets* : NJW 2014, p. 721.

qui consiste à ne pas diffuser ce film à tous les membres du public en même temps, mais seulement à certains membres est justement réalisée dans le but de contourner la jurisprudence actuelle relative au caractère public de la communication²¹⁴¹.

Or, du point de vue du prestataire de service, les critères économiques que la France avait souligné, sont souvent contournés grâce à la mise en avant de critères techniques.

2- Contournement du critère économique de l'exploitation

On peut dire de *Google* qu'il développe un discours tendant à affirmer que ses fins sont particulièrement nobles, puisqu'il s'agit de permettre les recherches sur *internet*, et de finalement permettre un accès aux informations. La société *Google* répète à l'envie que son rôle et son but sont de rendre *service* au public. Cette fin justifierait les moyens mis en œuvre.

En fait, comme le souligne très justement Gilles Vercken²¹⁴², les mentions systématiques, sur les pages « *Google* » de l'existence possible d'un droit d'auteur, de la nécessité de respecter ce droit, en soulignant qu'il est à l'origine de telle ou telle limitation de l'accès, participent de la rhétorique de *Google* : sur *Google Books*, par exemple, il est tantôt indiqué que le droit d'auteur applicable à tel ou tel contenu est la raison pour laquelle l'internaute ne peut accéder qu'à une certaine page de l'ouvrage recherché ou que si tel autre est accessible dans son ensemble, c'est en raison de partenariat que *Google* a mis en place avec l'éditeur. Ainsi, on constate en effet que le droit d'auteur apparaît toujours, non pas comme une protection légitime et justifiée des auteurs, mais comme la source de limitations de l'accès aux informations, au contenu, à l'œuvre. Ainsi, la légitimité du droit d'auteur apparaît ainsi douteuse. Sa fonction est donc interrogée. En fait, la fonction du droit d'auteur est instrumentalisée, dans le sens où *Google* justifie ses actes, indifféremment, par la finalité de ses services et certains de ses actes par leur finalité propre, excluant ainsi, une mise en cause du droit d'auteur dont l'intervention se trouve en quelque sorte limitée par sa fonction.

Le raisonnement de *Google* peut être résumé de la façon suivante : *Google* rend un service utile, nécessaire pour l'utilisation de *l'internet* : le référencement. Son rôle est neutre, technique, et son intervention « automatique ».

La première idée repose sur une justification des actes de *Google* par la finalité de ses services. En fait, c'est l'intérêt général ou celui du public qui est invoqué. *Google* agit pour le bien des internautes. Cette idée est classique dans la mise en cause du droit d'auteur, et reflète, il faut l'avouer, parfois une réalité objective liée au rôle incontournable de *Google* dans la recherche des informations et des données sur *internet*. En fait, le titulaire de droit souhaite être référencé, et ne pas l'être équivaldrait à disparaître de la carte de *l'internet*. *Google* l'a bien compris et a ainsi menacé à plusieurs reprises de déréférencement des titulaires de droits. Les actes de *Google* sont donc justifiés par leur but légitime et n'atteignent pas la fonction du droit d'auteur.

Or, une autre position juridique participe à cette idée : l'utilisation dans le cadre de sa mission de référencement n'entraîne pas de préjudice pour l'auteur. Très justement, comme le souligne Vercken, on peut se poser la question de savoir, si le droit d'auteur se résume à un

²¹⁴¹ Voir G. SCHULZE, *ibid.*

²¹⁴² S. CARRE, G. VERCKEN, *Google et la fortune du droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 119 s. (126).

double test ? Toute exploitation qui ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne crée pas de préjudice injustifié à l'auteur devrait être possible sans autorisation.

Cela revient finalement à dire que la fonction du droit d'auteur est une autre ! La fonction du droit d'auteur, limitant son étendue et son application résiderait donc dans une protection du titulaire, lui permettant de ne pas subir de préjudice et de ne pas voir porter atteinte à l'exploitation normale de son œuvre.

Une autre mobilisation de l'approche fonctionnelle est également réalisée par l'argument selon lequel, ce n'est pas l'œuvre qui est communiquée ou reproduite, mais un contenu qui est référencé. Ceci revient à dire que le droit d'auteur protège le film et l'image fixe en tant qu'œuvre et le référencement et l'indexation d'un contenu n'appréhendent ces formes qu'en tant que contenu à référencer et non en tant qu'œuvre. On a alors l'impression que l'information prime sur l'œuvre. Ainsi, le prestataire d'une œuvre protégée par le droit d'auteur considère souvent qu'il ne se comporte que de manière passive, et qu'il ne met à disposition que des moyens techniques. Or, en intervenant que de manière passive, le prestataire ne réalise pas d'actes d'exploitation d'une œuvre. On remarquera qu'il est vraiment difficile de distinguer une personne *intervenant* (!) de manière passive ou active. On retrouve ce même débat au niveau du *streaming*, et au niveau des hyperliens.

Au-delà d'une justification générale de ses actes par la finalité de ses services, *Google* développe un argumentaire tendant à justifier certains actes par leur finalité propre, et notamment l'affichage d'images sous forme de vignettes, comme fonctionnalité nécessaire d'un moteur de recherche d'images. En fait, affirmer que telle ou telle « reproduction » n'est pas un acte de contrefaçon, parce qu'elle est strictement nécessaire au fonctionnement du moteur de recherche » ou « accessoire par rapport à l'objet de ce service », c'est admettre qu'une reproduction ou une représentation puisse ne pas être contrefaisante et donc que le droit d'auteur ait une fonction venant limiter son étendue ou son application. En fait, *Google* se place sur le terrain des exceptions, redessinées par cette dernière, en considérant son rôle « neutre et technique »²¹⁴³.

Dans deux affaires, la Cour fédérale s'est fondée sur une théorie novatrice en droit d'auteur – celle de l'autorisation tacite. Cette autorisation tacite a été appliquée pour la première fois dans l'affaire *Vorschaubilder I*, pour être ensuite confirmée et développée dans l'affaire *Vorschaubilder II*.

Les faits de l'affaire *Vorschaubilder* sont assez simples : en 2003, une artiste a mise en ligne sur son site personnel certains de ses tableaux. En 2005, elle a découvert qu'en entrant son nom dans le moteur de recherche *Google*, on retrouvait trente-neuf de ses œuvres reproduites sous forme *thumbnails*.

Le premier jugement dans l'affaire a été rendu par le tribunal d'instance d'Erfurt en 2007. Après un arrêt de la Cour d'appel de Jena, le *BGH* a rendu son arrêt le 29 avril 2010. Il est intéressant de noter que toutes les décisions ont rejeté la demande d'injonction de retirer les images et de dommages-intérêts. Néanmoins, le *BGH* a appliqué un raisonnement original qui a fait l'objet de nombreuses controverses en Allemagne, distinct de celui de la Cour d'appel.

Contrairement au raisonnement appliqué en France, le *BGH* a considéré que la possibilité pour *Google* de bénéficier d'un régime de responsabilité allégée des prestataires techniques, introduit par l'art. 14 alinéa 1 de la Directive 2000/31/EC sur le commerce électronique, le

²¹⁴³ S. CARRE, G. VERCKEN, *ibid.*

BGH a considéré que cette question était subalterne à celle de conformité des activités de *Google* avec le droit d'auteur. En effet, sans atteinte aux droits exclusifs, aucune responsabilité de la part de *Google* ne peut être engagée. C'est pourquoi, l'analyse de la Cour se limite aux questions de droits d'auteur.

Puisque les vignettes images ne peuvent être considérées comme des « citations » au sens de l'art. 51 UrhG et puisqu'elles ne constituent pas un « acte de reproduction provisoire et essentiel, pour permettre une utilisation licite » autorisée selon l'art. 44a UrhG, aucune exception légale ne peut être appliquée. Sur quels critères peut-on alors se baser pour qualifier les actes de *Google* ?

En droit allemand, autoriser l'exploitation d'une œuvre protégée nécessite la conclusion d'un contrat, c'est-à-dire un accord mutuel (*Lizenz*). Or, cet accord n'est nullement soumis à une exigence de forme. Il peut donc très bien être tacite et se déduire du seul comportement des parties. Le *BGH* a cependant plusieurs fois souligné que les licences tacites (*konkludente Lizenz*) doivent être soumises à un contrôle minutieux, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être admises qu'en présence de faits clairs et sans équivoques, et qu'elles doivent se limiter à des usages spécifiques. Ainsi, la simple mise en ligne, selon la Cour, ne suffit pas pour en déduire une licence dans le but de reproduire une œuvre. Par conséquent, toute base contractuelle a été abandonnée.

Finalement, à partir du moment où ni les exceptions légales, ni une base contractuelle ne peuvent être invoquées dans le but d'exonérer *Google*, il semble que *Google* soit responsable de contrefaçon. Néanmoins, la Cour fédérale a rejeté les demandes en dommages et intérêts en injonction.

Du coup, une nouvelle construction dite « autorisation tacite » (*konkludente Einwilligung*) a été utilisée comme solution. Une telle autorisation n'est pas une licence *per se*, car elle ne confère aucun droit à autrui. En fait, il s'agit seulement d'une acception du comportement du contrefacteur qui empêche le recours en justice jusqu'à ce que la vraie intention de l'auteur se fasse connaître.

Dans ce contexte, le terme « autorisation » (*Einwilligung*) n'entraîne ni une cession des droits, ni une licence ; c'est un acte par lequel une personne se prive d'action en justice contre un contrevenant potentiel. Un tel acte n'est pas bilatéral (il ne comporte pas d'accord de volontés), car la personne à laquelle il s'adresse ne dispose d'aucune action contre celui qui donne son autorisation. En pratique, finalement, le seul effet de telles autorisations est d'éliminer l'illégalité des actes passés, sans aucune incidence sur les actes à venir.

Une autorisation tacite est considérablement plus facile à prouver que l'existence d'un contrat tacite. Contrairement à un contrat, elle n'implique aucun accord de volontés. Ainsi, les circonstances factuelles objectives peuvent être suffisantes pour en prouver l'existence, même si le titulaire des droits s'oppose fortement à l'exploitation de son œuvre. Ainsi, le *BGH* va assez loin : même une opposition faite auprès d'un prestataire technique (en l'espèce *Google Germany*) n'est pas suffisante pour retirer l'autorisation. Au contraire, l'auteur doit prendre des mesures techniques appropriées allant au-delà d'une simple opposition ou une mention « droits réservés ». Dès lors, même la suppression des images d'un site *internet* n'implique pas une révocation d'une autorisation tacite. En revanche une suppression physique (c'est-à-dire la suppression des fichiers indexés par le moteur de recherche) ou la mise en place de mesures techniques se révèlent nécessaires pour empêcher l'indexation du contenu.

Conclusion : d'un point de vue méthodologique, l'argumentation de la Cour fédérale semble fastidieuse et d'une valeur discutable.

Finalement, le *BGH* a choisi l'approche du « *opt-out* ». Il s'agit d'une action de la part de l'auteur qui est en fait nécessaire pour efficacement empêcher l'indexation des images dans des moteurs de recherche.

Pour ce motif, la décision est parfois saluée pour avoir trouvé le juste équilibre entre le droit d'auteur de s'opposer à l'indexation des images et l'intérêt du public à y avoir accès. Cependant, cet argument est erroné : on pourrait en effet parvenir au même résultat en mettant en place un système de « *opt-in* », dans lequel une action de la part des titulaires des droits (par exemple : l'utilisation des meta-tag spécifiques) est nécessaire pour autoriser l'indexation. Le choix n'est pas – et n'a jamais été – entre une prohibition totale et l'accès illimité, mais entre les approches « *opt-in* » et « *opt-out* ».

On est donc en présence d'une véritable « inversion ».

La même solution a été réitéré dans un arrêt *Vorschaubilder II* du 19 octobre 2011, qui concernait une espèce similaire, dans laquelle cependant l'œuvre litigieuse n'avait pas été mise en ligne par l'auteur lui-même. En fait, l'auteur avait concédé à des tiers une licence simple, incluant la mise à disposition du public sur *internet*. Cependant, la photographie avait été identifiée par le logiciel *crawler* de *Google* sur des sites dont l'exploitant n'était pas titulaire d'une telle licence.

Le *BGH* a approuvé la Cour d'appel de Hambourg d'avoir rejeté l'action en contrefaçon au motif que le licencié en mettant l'œuvre en ligne avec l'autorisation de l'auteur a implicitement consenti à son référencement par *Google images*.

Peu importe que la photographie se soit trouvée de façon illicite sur les sites indexés par le moteur de recherche, dès lors que l'auteur avait autorisé d'autres personnes à la mettre en ligne. Selon la Cour, l'auteur, en concédant à un tiers le droit de mettre son œuvre à la disposition du public sur *internet*, consent en principe aussi à ce que ce tiers autorise un moteur de recherche à afficher l'œuvre sous forme de vignettes. Or *Google* ne pouvant soi disant pas distinguer, parmi les images que son logiciel de recherche collecte sur le net, celles qui ont été mises en ligne par l'ayant droit avec ou sans son consentement, l'autorisation dont il peut se prévaloir s'étend également aux sites sur lesquels l'œuvre figure de façon illicite.

On peut néanmoins critiquer cette décision qui ne convainc pas. En effet, l'argument du consentement implicite de l'auteur à l'indexation et l'affichage de son œuvre sous forme de vignette, consentement déduit du simple fait qu'il n'a pas eu recours aux moyens techniques existants pour empêcher le référencement par *Google*, pouvait déjà sembler bien audacieux. En outre, l'extension de cette solution à une hypothèse où l'œuvre a été identifiée par le moteur de recherche sur un site contrefaisant nous semble difficilement admissible. Car cela signifie que *Google* est admis à se prévaloir d'un consentement qui aurait été donné implicitement par le licencié et qui serait opposable à l'auteur, et ce, alors même que les sites indexés sont contrefaisants !

C'est peu dire que le raisonnement de la juridiction allemande est pragmatique plutôt que juridique. Si les moteurs de recherche sont certes devenus des outils indispensables pour la navigation sur le net et si la consécration d'une nouvelle exception en leur faveur est sans doute souhaitable, on peut regretter que la jurisprudence allemande, pour parvenir à un résultat socialement acceptable, choisisse de faire une telle entorse aux principes fondamentaux du droit d'auteur.

B- Solution : vers de nouveaux critères permettant de définir la notion d'exploitation ?

Après avoir cerné dans un premier temps de nouveaux critères possibles en vue de caractériser une exploitation (1), leur applicabilité et leur application sont appréciées dans un deuxième temps (2).

1- Critères de „perception“ d'une œuvre

Tenant compte des incertitudes et des lacunes du droit existant, les exploitants de nouveaux modèles d'affaire utilisant les technologies digitales, réalisent des actes d'utilisation des œuvres, dont l'appartenance au champ d'application des droits patrimoniaux est précisément évitée de justesse. Cette stratégie permet d'éviter l'acquisition des droits, tout comme dans la plupart des cas, le paiement d'une rémunération au titulaire de droit²¹⁴⁴.

A partir du moment où l'on veut atteindre ou englober l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur alors même que l'utilisation reçoit une acception différente en raison de l'utilisation des techniques numériques, il faut revenir aux principes du droit d'auteur et réfléchir comment apporter une assise plus stable à ce dernier. En effet, l'importance du droit d'auteur n'est pas seulement économique, mais aussi culturelle. Le droit d'auteur favorise la création des œuvres et les créateurs doivent rester au centre des préoccupations du droit d'auteur. Seul ces derniers peuvent créer des œuvres, comme cela est exprimé à l'art. 7 UrhG de la loi sur le droit d'auteur allemand. On connaît ici le principe selon lequel, sur le plan économique, l'auteur doit être associé à toute exploitation de son œuvre. Ce principe de participation ou d'association (*Beteiligungsgrundsatz*) a été confirmé par le législateur à l'art. 11 UrhG.

a- Jouissance de l'œuvre

L'art. 11 UrhG protège l'auteur dans l'utilisation de son œuvre. Comment caractériser concrètement l'utilisation d'une œuvre ? En fait, au sens premier, la lecture, l'écoute, ou la contemplation d'une œuvre constituent des « actes d'utilisation » d'une œuvre. Ces actes permettent de jouir de l'œuvre (en Allemand, *Werkgenuss*). Pourtant, alors même que ces derniers constituent une utilisation d'une œuvre, ces actes ne sont pas explicitement mentionnés dans la loi sur le droit d'auteur allemand. En effet, l'art. 15 UrhG ne prévoit pas explicitement un droit exclusif pour l'auteur, de lire son œuvre, de l'écouter, de la contempler ou d'une manière générale, de percevoir cette œuvre par quelque façon que ce soit. Pourtant, c'est précisément en raison de cette possibilité de percevoir les œuvres, que les éditeurs et les autres intermédiaires entreprennent des actes d'exploitation d'une œuvre. Personne ne reproduirait une œuvre, ou ne communiquerait une œuvre, si cette œuvre ne pouvait atteindre un consommateur final qui « perçoive » cette œuvre et qui soit prêt à payer pour cela. On peut ainsi citer les exemples de l'achat d'un livre, d'un ticket d'entrée au cinéma, la publicité que l'internaute regarde et qui est payé par l'entreprise réalisant cette publicité. Au

²¹⁴⁴ G. SCHULZE, *Werkgenuss und Werknutzung in Zeiten des Internets* : NJW 2014, p. 721.

final, la « jouissance de l'œuvre » est donc payante. Cependant, la liberté de jouissance d'une œuvre n'est pas une lacune, mais bien une liberté voulue.

En effet, l'art. 15 II de la loi sur le droit d'auteur allemand par exemple, ne prévoit pas que l'auteur bénéficie du droit exclusif d'exploiter son œuvre de manière incorporelle, mais seulement du droit exclusif de communiquer cette œuvre au public. Par exemple, celui qui lit un texte en silence, écoute de la musique, admire un tableau, bref ne fait que percevoir une œuvre, ne communique donc pas celle-ci à un public, ni n'exploite à proprement parler cette œuvre de manière corporelle. Au contraire, celui qui lit un texte à voix haute, celui qui joue une pièce de musique, ou celui qui rend toute autre œuvre perceptible peut le faire, tant qu'il reste en privé.

A considérer que, dans le domaine de la technique digitale et dans le monde de l'*internet*, les actes d'utilisations des œuvres précédents la jouissance effective de celles-ci ne sont pas toujours explicitement prévus à l'art. 15 UrhG, il y a lieu de s'interroger si des actes d'utilisation ne peuvent pas s'analyser en des actes d'exploitation. A cette fin, il y a lieu de s'interroger, si l'on ne doit pas renouer avec la notion de jouissance de l'œuvre, pour faire en sorte que ces actes d'utilisation relève du champ d'application des droits d'exploitation. Ainsi, M. Schulze propose la formulation suivante à l'art. 15 II UrhG : « l'auteur a le droit exclusif d'exploiter son œuvre sous forme incorporelle ». Selon M. Schulze, on peut même aller plus loin, en proposant la formulation suivante : « L'auteur a le droit exclusif, de lire son œuvre, d'écouter, de contempler, ou de percevoir son œuvre ». M. Schulze reconnaît que cette proposition est excessive. Si l'on ne partage pas cette position, on peut très bien ne considérer que la simple « perception » des œuvres et ainsi tenir compte du principe d'association en formulant les choses de la façon suivante : « Celui qui perçoit une œuvre étrangère doit payer une rémunération équitable ».

Quel est l'avantage de cette solution ? Elle permet d'englober un certain nombre de possibilité de mode de perception d'une œuvre. Grâce à cette définition, la transmission d'une œuvre par le biais du *streaming* par exemple, n'est plus qualifiée du point de vue de celui qui permet la transmission (avec l'inconvénient de la transmission de petits paquets différents), mais du point de vue du récepteur qui perçoit l'œuvre à son écran. Cette solution a le mérite de considérer l'acte d'utilisation d'une œuvre comme une exploitation, alors même que les exemplaires matériels et donc l'exploitation sous forme matérielle d'une œuvre, a de moins en moins lieu d'être. Ce but est maintenu, bien que l'utilisation de nouvelles technologies entraînant la mise en place de nouveaux modèles d'affaires, permettent de transmettre à l'utilisateur final des œuvres, dont ne tenaient pas compte les actes d'exploitations actuels. Sont en cours de nouveaux modes d'exploitation des œuvres (« neue Nutzungshandlungen »). En retenant une telle définition du droit d'exploitation liée à la perception d'une œuvre, cela permet en fait d'exclure de l'exploitation les œuvres, dont la perception est gratuite (telle la mise en place d'œuvres dans un lieu public) ou tout autre perception de l'œuvre déjà rémunérée.

b- Exploitation de l'œuvre

Toute perception d'une œuvre présuppose que l'œuvre soit effectivement rendue perceptible au consommateur final. Rendre une œuvre perceptible se fait par le biais d'actes relevant du droit d'exploitation prévu à l'art. 15 UrhG. Or la liste des droits d'exploitation

prévue à l'art. 15 UrhG n'est pas exhaustive, mais seulement exemplaire et peut donc être complétée.

En fait, les deux aspects, « perception » et « rendre perceptible » une œuvre sont liées, interdépendantes et se complètent. Tenant compte du fait des développements précédents que toute perception d'une œuvre doit être rémunérée, *a fortiori* toute œuvre rendue perceptible doit nécessairement relever du droit exclusif d'exploitation.

A partir du moment, où tous les actes permettant la perception d'une œuvre – et cela alors même que le catalogue de droits exclusif ne constitue qu'un catalogue non exhaustif permettant donc une certaine marge de manœuvre– tous les actes permettant la perception d'une œuvre ne sont pas couverts par l'art. 15 UrhG, en raison justement de l'utilisation de techniques digitales, ou d'*internet*, mettant à jour des lacunes, on peut songer à reformuler l'art. 15 UrhG de la façon suivante : « L'auteur a le droit exclusif, de mettre à disposition une œuvre tout comme de permettre sa perception ». Partant de ce principe, on peut très bien considérer que certaines perceptions d'œuvres puissent faire l'objet d'une exception, ou être privilégiées.

Ce qui est saisi par le fait de rendre perceptible une œuvre et ce qui est donc également rémunéré, ne doit pas forcément être à nouveau rémunéré lors de la perception effective de l'œuvre. Par contre, ce qui n'est pas capturé par le « rendu accessible d'une œuvre » doit être pris en considération dans le cas de la perception de l'œuvre. A partir du moment où cette interaction n'est pas possible, aussi bien la perception que le fait de rendre perceptible une œuvre nécessitent selon M. Schulze une rémunération adéquate.

c- Exploitation de l'œuvre vis-à-vis d'un public

La communication d'une œuvre ne constitue en droit allemand un droit d'exploitation que lorsqu'elle est publique. La notion de public n'est pas définie par les directives européennes. Comme déjà vu, la jurisprudence de la *CJUE* propose différents critères en vue de définir le caractère public d'un acte. Il ne faut cependant pas oublier que les directives n'harmonisent pas toutes les exploitations publiques. De plus, la jurisprudence de la *CJUE* présente aussi un certain nombre de contradiction. On peut même constater que le terme de public, au vu de la jurisprudence de la *CJUE*, présente un certain nombre de lacunes. C'est ce qui explique la mise en place de modèles d'affaires, ayant pour but d'une part, d'offrir leurs services à un grand nombre de membres du public, tout en adaptant d'autre part leurs services, de façon à ce que les critères prévus par la jurisprudence en vue de qualifier un acte comme étant public ne soient pas remplis. Le but est bien sûr, de ne pas payer de rémunération à l'auteur, et de ne pas devoir requérir l'autorisation de l'auteur.

2- Appréciation de la solution

Une large définition du droit d'exploitation tel que proposée par M. Schulze posséderait certains avantages : elle permettrait d'englober des actes d'utilisation d'une œuvre, qui selon la définition traditionnelle ne constituent pas des actes d'exploitation relevant du droit exclusif. Ainsi, la mise à disposition d'œuvres par le biais de la *cloud*, lorsque ces œuvres sont 'streamées', constituerait, selon la nouvelle définition de M. Schulze une exploitation, alors même qu'il n'y a pas de reproduction de l'œuvre ni de représentation, puisque l'accès à cette *cloud* est privé. Il en va de même pour la pose d'hyperliens, permettant de percevoir une

œuvre. Dans ce cas, l'exploitation est également réalisée par celui qui rend l'œuvre perceptible. Or qui rend l'œuvre perceptible ? Autrefois, c'était les éditeurs, les producteurs, et toute autre personne transmettant une œuvre. Aujourd'hui, dans un monde digital, ce sont les fabricants de matériels, les exploitants de plateformes, qui permettent l'accès aux œuvres avec leur matériel et leurs services. Parfois, ces intermédiaires prennent la place des exploitants traditionnels. Parfois, ces intermédiaires ont un nouveau rôle et accompagnent l'utilisateur final dans sa jouissance de l'œuvre. A partir du moment où ces intermédiaires ont un contact avec les consommateurs finaux, il est clair et justifié de les prendre en compte, afin de les considérer comme les débiteurs de la rémunération afin qu'ils sont concernés par le principe de participation vis-à-vis de l'auteur (*Beteiligungsgroundsatz*). En effet, ces intermédiaires peuvent transmettre cette rémunération aux consommateurs finaux.

Elargir la notion d'exploitation permet aux intermédiaires de contribuer au paiement d'une rédevance à l'auteur et ceci permet de « responsabiliser » les intermédiaires. Considérer que les intermédiaires réalisent des actes d'exploitation permet indirectement de reconnaître leur rôle actif. Par conséquent, les intermédiaires ne peuvent plus se prévaloir de l'exonération de responsabilité prévue par la directive E-Commerce. La question est en effet, de savoir quelle est l'articulation entre la directive E-Commerce et la directive *InfoSoc*. En fait, le critère de « rendre perceptible » permet de distinguer les actes d'exploitation relevant du droit d'auteur de simples prestations de service, ce que ne peut pas faire le simple critère économique de « capture de valeur ».

Finalement, on inclut le *Werkgenuss* dans la définition du droit d'exploitation, alors que l'on parlait autrefois de la liberté du *Werkgenuss*²¹⁴⁵. A première vue, on peut donc considérer que M. Schulze est très protecteur des intérêts des auteurs et ayants droit.

En effet, l'on peut très bien rétorquer l'argumentation suivante. Favoriser un haut niveau de protection ne présente pas seulement des avantages, et peut même entraîner un effet de blocage. Une telle argumentation peut néanmoins faire l'objet de critiques. Une large définition des droits présente l'avantage de pouvoir faire l'objet d'exceptions. Or, si tel était le cas, la redéfinition de la notion d'exploitation ne serait pas nécessaire. En fait, la simple jouissance telle qu'elle existait dans le monde analogique n'existe plus à l'heure actuelle. L'*internet* connaît uniquement deux mondes : d'une part, un monde de licences, et d'autre part, le monde des contenus libres.

Concernant le régime d'irresponsabilité des prestataires techniques de l'*internet*, il faut souligner qu'en Europe, les prestataires de services en ligne – tels que *Google, Youtube, Dailymotion ou Facebook* – ont bénéficié, pour se développer, du statut protecteur offert par les articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE dite « commerce électronique », et notamment du statut d'hébergeur, prévu à l'art. 14. De manière synthétique, l'art. 14 de la directive E-commerce prévoit que les prestataires, dont l'activité consiste à stocker des informations fournies par des tiers ne sont pas responsables des informations stockées, à condition d'une part, qu'ils n'aient pas connaissance du caractère illicite de l'activité des fournisseurs ou des informations qu'ils ont fournis et, d'autre part, que, dès qu'ils ont connaissance du caractère illicite de certaines informations et fichiers, ils les retirent promptement ou en rendent l'accès impossible.

Selon les rédacteurs du rapport du CSPLA, le régime d'irresponsabilité ainsi délimité constitue une exception au mouvement historique de responsabilisation des opérateurs

²¹⁴⁵ *Gesetzgebung zum UrhG, vom 1965 (BT-Dr.IV/270)*.

économiques à raison des dommages causés par leur activité. En fait, ce régime était justifié par la volonté de créer un cadre juridique assurant la libre prestation de services de la société de l'information et, par suite, le développement d'infrastructures et d'opérateurs techniques de l'*internet* performants. En tenant compte du considérant 42 de la directive 2000/31/CE, on s'aperçoit que le régime d'irresponsabilité était donc conçu de façon étroite et ne devait s'appliquer qu'à certaines opérations techniques déterminées, permettant d'améliorer la circulation des données entre les utilisateurs de l'*internet*.

Néanmoins, il y a lieu d'observer que les juridictions européennes et nationales ont retenu une acception plus large des notions d'activité de transport, de stockage, ou d'hébergement sur *internet*.

D'une part, dans un arrêt certes rendu en matière de propriété industrielle à propos de liens commerciaux proposés par *Google*, la *CJUE* a jugé que l'art. 14 de la directive 2000/31/CE s'applique au prestataire de services de référencement sur *internet*, dès lors qu'il est établi qu'il ne joue pas «un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées»²¹⁴⁶. Formulée de manière différente, cela signifie que pour bénéficier de cette exonération de responsabilité, le prestataire de services doit avoir un simple rôle passif. Or comment distinguer le rôle passif d'un rôle actif ? La mise en œuvre de mesure technique (dans le cadre des arrêts de la *CJUE* : hôtel etc...) est-elle un acte passif ou actif ?

D'autre part, la Cour de cassation a jugé que des sociétés de mise en ligne de vidéos ou de référencement de photos sur *internet* peuvent revendiquer le statut d'hébergeur, dès lors, notamment qu'elles ne procèdent à aucune opération de sélection des contenus, la circonstance que de tels sites donnent lieu à la commercialisation d'espaces publicitaires étant sans incidence sur le statut de ces prestataires²¹⁴⁷. Force est de constater que l'on peut critiquer cette jurisprudence ; car en raison de l'interactivité, l'hébergeur, par le biais des utilisateurs, peut très bien sélectionner des contenus. Par ailleurs, on a déjà vu que la circonstance selon laquelle de tels sites donnent lieu à une commercialisation n'est pas à négliger, *a fortiori* si l'on a une approche économique de la notion d'exploitation.

Néanmoins, *de lege lata*, pour peu qu'ils veillent à ne pas s'immiscer dans la sélection et la mise en forme des contenus, les prestataires de services en ligne ou les sites marchands paraissent donc pouvoir bénéficier du statut d'irresponsabilité conditionnée, prévu par la directive *InfoSoc*.

Il paraît cependant vraiment difficile de soutenir, ainsi que le prévoit pourtant l'art. 14 de la directive E-commerce relatif à l'activité d'hébergement, que des opérateurs, tels que *Google* ou *Dailymotion*, sont les seuls destinataires du service de moteur de recherche ou de référencement de photos ou vidéos et que les services qu'ils rendent consistent uniquement à améliorer la qualité technique de la transmission d'informations ou à stocker temporairement des données. Comme le souligne justement le rapport du CSPLA, ce régime d'irresponsabilité a un effet équivalent à une limitation au droit d'auteur.

Bien sûr, les prestataires techniques sont d'une part responsables des œuvres protégées figurant sur leur site dont ils savent qu'elle ont été conçues ou transmises en méconnaissance des règles du droit d'auteur et, d'autre part, les autorités nationales conservent la possibilité

²¹⁴⁶ *CJUE*, 23 mars 2010, *Google Inc. c/Louis Vuitton*, aff. C-236/08 à C-238/08, n° 109 à 120.

²¹⁴⁷ Voir Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2011, *Carion c/société Dailymotion*, n°09-67.896 et 12 juillet 2012, *Société AUFÉMININ.COM c/ Philippot*, n°11-15.165 et 11-15.188.

d'exiger de ces prestataires qu'ils retirent des contenus illicites (*take down*). Or, hormis les plus puissants d'entre eux (comme *Google* par exemple), les ayants droit ne disposent pas des ressources leur permettant de repérer à tout instant les contenus illicites figurant sur *internet* et d'en obtenir le retrait.

Par ailleurs, ce régime exonère les prestataires techniques de toute vérification *a priori* de la licéité des textes, photos ou vidéos mis en ligne sur leurs sites et interdit aux autorités administratives ou aux juridictions nationales d'exiger de ces prestataires qu'ils préviennent la réapparition de contenus illicites précédemment retirés ou qu'ils mettent en place des dispositifs généraux de surveillance et de filtrage des contenus ainsi référencés²¹⁴⁸.

Finalement, il résulte de l'interprétation par la jurisprudence du régime d'irresponsabilité des prestataires techniques de *l'internet*, que la protection du droit d'auteur dans l'économie numérique n'est pas toujours efficacement assurée.

En premier lieu, la technologie numérique a redéfini la chaîne de valeur dans l'économie de la culture, au détriment des auteurs, interprètes ou producteurs d'œuvres protégées et en faveur des prestataires de services de communication en ligne ». Depuis une quinzaine d'années, de nouveaux biens d'équipement et de nouveaux services sont nés, grâce notamment au développement des accès à *internet* à haut débit. Ces nouveaux services ont facilité l'accès aux biens culturels, mais aussi modifié leur mode de consommation. Un déplacement de la consommation de biens culturels des canaux de diffusion traditionnels vers *l'internet* a été constaté²¹⁴⁹. Il résulte de cette évolution des modes de consommation des biens culturels que la chaîne de valeur de l'économie de la culture a été redéfinie : d'une part, la part de la valeur captée par les fabricants de biens de communication à destination du grand public (*ordinateurs, tablettes, smartphones*) et par les prestataires de service de communication en ligne (*Apple, Google, Facebook, Amazon* notamment) a crû fortement. Les prestataires de services de communication en ligne jouent désormais le rôle d'intermédiaire entre les créateurs de contenus et les consommateurs et peuvent se passer des services des éditeurs. Ils sont dès lors en position de force pour monétiser leurs services sous la forme de la commercialisation de bandeaux publicitaires²¹⁵⁰. D'autre part, la quantité de valeur captée par les créateurs et les éditeurs a décliné sous l'effet de la modification des comportements en faveur de la consommation gratuite de biens culturels et de l'étendue du pouvoir de marché des prestataires de services de communication en ligne²¹⁵¹.

En deuxième lieu, des opérateurs économiques puissants se sont imposés dans le secteur de l'économie numérique. Les sites de vidéos en ligne tels que *Youtube* et *Dailymotion*, les réseaux sociaux tels que *Facebook*, les services d'écoute de musique en *streaming* à la demande, tels que *iTunes* ou *Deezer*, les banques d'images sur *internet*, telles que *Shutterstock* ou *Fotolia*, n'existaient pas en 2001. A cette date, *Netflix* n'avait pas non plus développé son service de vidéo à la demande. Ces entreprises sont aujourd'hui, dans leurs secteurs respectifs,

²¹⁴⁸ Voir *CJUE*, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c/ Sabam*, aff. C-70/10, n° 37 et s. et 16 février 2012, *Sabam c/Netlog*, aff. C-360/10, n° 35 et s. et Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, *Société Google France c/ société Bac Films*, n°11-13.666.

²¹⁴⁹ Voir à ce sujet, une étude de la HADOPI, *Biens culturels et usages d'internet : pratiques et perceptions des internautes français*, janvier 2013 : <http://hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/HADOPI-160113-BU2-Complet.pdf>

²¹⁵⁰ Rapport du CSPLA.

²¹⁵¹ Rapport du CSPLA.

des acteurs puissants, voire dominants. Dès lors, la question du maintien du régime de responsabilité dérogatoire dont ils se prévalent, doit être posée.

En troisième lieu, les prestataires techniques de l'*internet* ont gagné des parts de marché au détriment des distributeurs traditionnels de programmes culturels, tels que les chaînes de télévision ou les distributeurs de films, et réduit la valeur des programmes produits par ces opérateurs.

Selon le rapport du CSPLA, la révision de la directive 2001/29/CE implique un réexamen soit du statut protecteur conféré à certains prestataires techniques par la directive 2000/31/CE, soit de certains des effets de ce dernier. En outre, toujours selon le même rapport, la très grande majorité des personnes auditionnées a voulu souligner les effets importants – trop souvent négatifs – qu'a provoqué la mise en œuvre de la directive 2000/31/CE (dite « commerce électronique ») dans le champ de la mise à disposition des œuvres protégées par le droit d'auteur ou des éléments couverts par un droit voisin du droit d'auteur.

Sur le plan pratique, l'opposabilité aux ayants droit des régimes des articles 12 à 15 a généralement pour effet l'inefficacité des droits accordés aux auteurs et titulaires de droits voisins lorsque les œuvres sont utilisées ou recueillies par certains prestataires techniques. Les conséquences de ce phénomène : les ayants droit font observer que la mise en œuvre des règles protectrices de la propriété littéraire et artistique est lourde et onéreuse pour des résultats qui ne sont pas toujours satisfaisants. Ensuite, parce que les bénéficiaires de droits de propriété littéraire et artistique estiment, de ce fait, subir un réel appauvrissement alors même que les prestataires techniques concernés réalisent un enrichissement par « captation de la valeur » des œuvres de l'esprit. Cette « captation de valeur » est souvent niée. Notamment, par la mise en avant, par les prestataires techniques de la gratuité des services offerts aux internautes. Or cette argumentation ne saurait convaincre.

C- Conclusion

1- La gratuité pour l'internaute est toute relative

Souvent les coûts à la fois directs et indirects supportés par l'internaute sont ignorés. La gratuité de l'accès trouve en effet sa contrepartie dans des actes de commercialisation des données sur les goûts et les pratiques des internautes. Il suffit de renvoyer au rapport de la récente mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique²¹⁵² pour constater que les données – personnelles ou comportementales – collectées à propos des internautes sont au cœur de l'économie numérique.

On comprend donc que, dans ce contexte, les ayants droit aient pu manifester leur étonnement de voir la commission souhaiter rouvrir la directive 2001/29/CE sans s'interroger

²¹⁵² Voir P. COLLIN, N. COLIN, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, rapport au ministère de l'économie et des finances, au ministre du redressement productif, au ministre délégué chargé du budget et à la ministre déléguée, chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique*, janvier 2013, disponible en ligne, <http://www.economie.gouv.fr/rapport-sur-la-fiscalite-du-secteur-numerique>.

sur l'opportunité de reconsidérer certaines des solutions retenues par la directive 2000/31/CE. Cependant, l'unanimité rencontrée sur le terrain des constats ne se retrouve plus dès lors qu'il s'agit d'envisager les solutions à apporter.

2- Développements concernant la mise en cause de la responsabilité juridique des intermédiaires

A la suite de nombreuses études réalisées, la *Sacem* en vient à la conclusion suivante : « le législateur européen a choisi en 2000, par le biais de la directive 2000/31/CE, d'exonérer les intermédiaires techniques de leur responsabilité juridique pour les contenus protégés qu'ils transmettent ou stockent. L'objectif était d'encourager le développement des réseaux de communication dont les effets bénéfiques du point de vue de l'accès à la culture, du droit à l'information et de la liberté d'expression sont indéniables ».

A l'origine, la directive 2000/31/CE était censée ne pas contredire la directive 2001/29/CE adoptée peu après en 2001. Malgré la volonté affichée d'établir, par ces deux instruments, un « cadre réglementaire clair en ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires en cas de violation du droit d'auteur et des droits voisins au niveau communautaire »²¹⁵³, leurs objectifs se sont révélés contradictoires : d'un côté, la volonté d'assurer un haut niveau de protection du droit d'auteur et des droits voisins, de l'autre, l'objectif affiché de rassurer les prestataires de services de la société de l'information en leur garantissant une immunité leur permettant de développer leurs activités.

Toutefois, tant que le régime d'irresponsabilité conditionnelle n'était appliqué qu'à un nombre restreint d'opérateurs se contentant de fournir un accès au réseau et de transmettre des données ou d'offrir une prestation purement technique de simple stockage, les points de contact entre les deux directives étaient limités. « En fait, la coexistence entre les deux instruments, à défaut d'être harmonisées, était à tout le moins pacifique puisque les prestataires concernés par l'immunité de la directive 2000/31/CE n'effectuaient pas ou peu d'actes relevant du périmètre du droit exclusif, et donc du champ d'application de la directive 2001/29/CE ». Le simple transport et le « *caching* » n'impliquent en effet aucun acte de communication au public, (comme c'est par exemple le cas du *streaming* ou au niveau des hyperliens), mais seulement des reproductions, qui correspondent approximativement à celles couvertes par l'exception de reproduction provisoire prévue à l'art. 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE. Quant à l'hébergement, il était envisagé au départ, comme une prestation purement technique de stockage d'informations fournies par le client, lequel, en tant qu'exploitant du site hébergé, effectue la communication au public desdites informations.

Le problème, c'est que ce principe d'irresponsabilité conditionnelle est désormais appliqué à des opérateurs qui tirent un bénéfice économique de la circulation des œuvres sur *internet* alors qu'il avait été conçu en contemplation de services qui ne se concurrencent pas directement l'exploitation des œuvres et des contenus protégés. Aujourd'hui, la prétendue neutralité de l'opérateur, vis-à-vis des contenus qu'il stocke ou transmet, est bien souvent théorique. Contrairement aux prestations purement techniques d'hébergement de sites *web* par exemple, qui sont véritablement agnostiques en matière de contenus, le modèle économique de certains intermédiaires techniques (moteurs de recherche, réseaux sociaux)

²¹⁵³ Voir à ce sujet, les considérants 50 de la directive 2000/31/CE et 16 de la directive 2001/29/CE.

repose, non sur une prestation de pur stockage, mais sur la mise à disposition de contenus. Une telle utilisation des œuvres et prestataires génère pour l'exploitant de la plateforme des profits, notamment sous la forme de revenus publicitaires, auxquels précisément, les titulaires de droits ne sont pas associés.

De leur côté, les titulaires de droit ne peuvent agir qu'à *a posteriori* aux contrefaçons commises sur les réseaux en exigeant le retrait ou le déréférencement d'un contenu ou le blocage d'un accès à ce contenu. L'irresponsabilité conditionnelle des prestataires de services de la directive 2000/31/CE a donc pour effet de limiter l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins sur les contenus stockés ou transmis.

Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception puisque l'usage que font les opérateurs des contenus, n'est pas légitimé. Le système d'irresponsabilité conditionnelle n'a pas pour effet d'exclure du périmètre du droit exclusif des utilisations d'œuvres et d'objets protégés en raison de la finalité poursuivie, comme ce peut être le cas en matière de copie privée, de citation, de caricature, de revue de presse ou d'usage à des fins d'enseignement par exemple. En fait, les titulaires de droit ne sont pas purement et simplement privés de leurs droits exclusifs, ils ne peuvent pas les mettre en œuvre à l'égard de certains opérateurs. L'immunité conditionnelle consacrée par la directive 2000/31/CE paralyse ainsi l'exercice des droits d'auteur et des droits voisins à l'égard de ces opérateurs, notamment les exploitants de moteurs de recherche.

Il s'agit donc *de facto* d'une limitation du droit exclusif et il importe peu à cet égard qu'elle ne soit pas consacrée dans la directive 2001/29/CE, mais dans un instrument distinct. Cette limitation porte ainsi atteinte à l'exploitation normale des œuvres et objets protégés et cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits. Or, l'objectif louable de ne pas entraver le développement de *l'internet* ne doit pas se faire au détriment des auteurs et titulaires de droits voisins.

Certaines tentatives ont été faites, au niveau national, pour remédier à cette situation notamment pour ce qui concerne les agrégateurs d'actualités (*new aggregators*) et les moteurs de recherche d'images. C'est ainsi qu'en Allemagne le droit exclusif des éditeurs de presse a permis d'autoriser la mise à disposition de leurs contenus à des fins commerciales.

Le 1 août 2013, une loi, visant l'introduction d'un droit voisin au bénéfice des éditeurs de presse, est entrée en vigueur en Allemagne. Cette prérogative, destinée à protéger les intérêts des éditeurs de presse en ligne contre les moteurs de recherche et agrégateurs d'actualité, ne concerne que l'exploitation des titres de presse sur *internet*²¹⁵⁴. Ce droit exclusif est aliénable (art. 87g al.1) et ne subsiste que pendant une année à compter de la publication (art. 87g al.2). Il ne peut être mis en œuvre au détriment des auteurs ou titulaires d'un droit voisin dont l'œuvre ou la prestation est contenue dans le titre de presse (art. 87g al.4) et les auteurs doivent être associés aux revenus qu'ils génèrent (art. 87h).

Ce nouveau droit voisin est soumis aux mêmes exceptions que le droit d'auteur, notamment à l'exception de citation particulièrement importante dans le domaine de la

²¹⁵⁴ V. l'article 87 f al.1 du projet qui consacre au profit des éditeurs de presse « le droit exclusif de mettre le titre de presse (*Presseerzeugnis*) ou des parties de celui-ci à la disposition du public à des fins lucratives ». Eu égard à la terminologie employée (identique à celle de l'article 19a UrhG qui consacre une telle prérogative au bénéfice des auteurs), la prérogative doit être interprétée au sens de l'article 3.1 de la directive Société de l'Information et ne concerne par conséquent que la communication au public en ligne.

presse. Il supporte en outre une limite qui lui est propre puisqu'il ne s'applique qu'à l'exploitant commercial (*gewerblicher Anbieter*) d'un moteur de recherche ou d'un service similaire (art. 87g al.4). Sont donc exclus de son champ d'application, non seulement tous les particuliers y compris les bloggeurs, mais également les associations, les cabinets d'avocats et toutes les entreprises qui n'exploitent pas commercialement un moteur de recherche ou un service similaire.

La discussion concernant la mise en place d'un nouveau droit au bénéfice des éditeurs de presse a fait l'objet de débats très houleux aussi bien avant qu'après son introduction²¹⁵⁵.

L'idée était la suivante : il s'agissait d'améliorer la position des éditeurs de presse qui étaient particulièrement anxieux concernant la monopolisation de l'information sur *internet*. Notamment, les éditeurs de presse sont confrontés à de nouveaux modèles d'affaires, dans le monde digital²¹⁵⁶. La question est de savoir, si pour faire face à cette nouvelle situation, les éditeurs de presse arrivent à s'imposer par le simple jeu de la loi du marché, où si ce marché doit nécessairement être régulé par le droit. Dans ce dernier cas, la consécration d'un nouveau monopole – c'est-à-dire d'un nouveau droit voisin – pour les éditeurs de presse doit pouvoir les protéger du déclin financier.

En plus de cet argument d'ordre économique, un autre argument a été très fréquemment évoqué en faveur de l'introduction d'un droit exclusif des éditeurs de presse : il s'agit de la protection contre la contrefaçon dans le monde de *l'internet*. Par exemple, la reprise non autorisée d'articles sur d'autres sites *web*, nécessite de la part des éditeurs de presse des mesures importantes pour leur défense. En fait, la reconnaissance d'un droit voisin des éditeurs de presse permet de faciliter la conduite de preuves (*Beweisführung*) dans le cadre d'un procès. Ainsi, selon la proposition du gouvernement²¹⁵⁷, « la mise en place d'un droit voisin pour les éditeurs de presse permet aux éditeurs de presse de bénéficier d'un propre droit, ce qui leur permet d'être dans la situation, permettant simplement et de manière plus générale d'agir contre une atteinte aux droits au niveau de *l'internet*. Par conséquent, les éditeurs de presse lors de la contrefaçon ne doivent plus réaliser la preuve complexe de la chaîne des droits, mais peuvent agir grâce à leurs propres droits et également faire jouer une action en cessation (*Unterlassungsanspruch*).

La recherche de la preuve est facilitée pour les éditeurs de presse. Le point fort du droit voisin des éditeurs, c'est de permettre la reconnaissance d'un certain nombre de violation de droits supplémentaires ce qui est possible par le biais de droits d'utilisation issus (ou dérivant) du droit d'auteur. Prenons un exemple concret également évoqué par Till Kreuzer²¹⁵⁸. Par exemple, un éditeur veut poursuivre un agrégateur, qui utilise des articles protégés par le droit voisin, au titre de « snippets ».

Dès lors que les éditeurs de presse ne peuvent recourir qu'à des droits issus du droit d'auteur (le droit d'auteur des journalistes, qui leur a été transmis), alors la demande de l'éditeur ne se fonde que sur des *snippets* concrets et précis. Il ne s'agit pas d'un acte en

²¹⁵⁵ Pour un récapitulatif de la situation avant et après l'adoption du texte, voir le site *internet* de l'*institut für Urheber-und Medienrecht* de Munich.

²¹⁵⁶ D. FREY : MMR 2010, 291.

²¹⁵⁷ Voir par exemple, BT-Drs. 17/11470, p. 6.

²¹⁵⁸ T. KREUTZER, *Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger im Lichte der BGH-Rechtsprechung zu VorschauBildern. Was bleibt am Ende übrig ?* : MMR, 2014, 512, p. 1 s.

cessation général ayant par exemple pour but d'ordonner la cessation de la part de l'agrégateur de l'utilisation de tout contenu apparaissant sur le site *web* des éditeurs, ou d'extraits issus d'une œuvre particulière dans son ensemble y compris dans le futur : la poursuite en cessation ne concerne que des éléments protégés particuliers. Au contraire, la reconnaissance d'un droit voisin permet de poursuivre en justice tout agrégateur de contenu dès lors qu'une activité porte atteinte aux droits des éditeurs de presse sur un « titre de presse » (Ici, il ne s'agit pas seulement d'une activité contrefaisante, mais aussi d'un acte de cessation). L'affirmation (*Durchschlagskraft*) d'un tel droit serait naturellement plus grande que de s'impliquer continuellement dans des procédures portant sur un contenu individuel bien précis.

En outre, la constatation et la preuve d'une telle activité portant atteinte à des contenus individuels constituent un effort (*Aufwand*) moindre à partir du moment où il ne doit pas être fait référence à des contenus pris individuellement dans le cadre du procès.

Quels sont les différents intérêts en présence ?

En fait, la politique allemande a répondu de manière positive aux attentes des éditeurs de presse. Leur soutien a particulièrement été souligné dans le cadre du contrat de coalition²¹⁵⁹. Même la chancière avait explicitement exprimé son soutien envers la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse. Toutefois, elle a également relevé la divergence des intérêts²¹⁶⁰ : ainsi, les éditeurs de presse allemande comme européenne avaient demandé des initiatives législatives afin d'accorder un meilleur droit aux utilisateurs et aux consommateurs finaux. Au contraire, les journalistes *online* tout comme les bloggeurs ont réagi avec un « manifeste de l'*internet* ». Pour l'association nationale des journalistes, c'est plutôt la situation des auteurs qui doit être améliorée. Le monde de l'économie numérique s'est également positionné de manière très critique. Le directeur de l'association ECO craint par exemple que l'information soit monopolisée par les éditeurs et considère que la possibilité de refuser et de devoir rémunérer la mise en place de liens, de titre, ou de cours résumés, n'est pas acceptable. De même, le chef de BITKOM considère que les modèles de rémunération mis en place par l'Etat contredisent l'économie de marché et l'esprit de l'*internet*. Finalement, il faut prendre en compte le point de vue de l'utilisateur. On reproche souvent aux utilisateurs d'avoir une mentalité de gratuité. Cela est-il toujours le cas ? Est-ce que Apple n'a pas montré avec ses contenus attractifs de *Itunes* que le consommateur est prêt à payer ?

Remise à plat de certaines notions de bases

Un droit voisin ne protège pas une œuvre, mais une performance économique, organisationnelle et technique de certains médiateurs d'œuvres. En Allemagne, le droit voisin protège par exemple les producteurs de phonogrammes et les producteurs de films. Selon le droit allemand, les éditeurs ne bénéficient pas d'un droit voisin particulier. Leur position juridique découle en première ligne des droits d'utilisation issus des auteurs, c'est-à-dire des titulaires de droit. Aussi bien les auteurs que les titulaires de droits voisins bénéficient d'un droit exclusif. Bien sûr, le domaine de protection d'un droit voisin existe indépendamment de l'étendue du droit d'auteur.

Remarques concernant les différents types de position

Les éditeurs de presse peuvent tenir compte des droits d'utilisation des auteurs, des titulaires de droit. Aujourd'hui déjà, les éditeurs de presse bénéficient des droits liés aux bases de données.

²¹⁵⁹ Voir par exemple, *Koalitionsvertrag*, p. 104/132.

²¹⁶⁰ Voir par exemple l'utilisation de l'expression « *spannungsgeladenes Geflecht* ».

Concernant les moteurs de recherche, l'arrêt *Paperboy* de la Cour fédérale de justice de l'année 2003 est le plus important. En fait, cet arrêt permet de considérer le cadre juridique suivant : la mise en place d'hyperliens envers un article de presse, qui est librement accessible sur *internet* ne constitue pas une utilisation relevant du droit d'auteur. On ne peut donc pas empêcher la pose d'hyperliens. Peut-on considérer que *Google*, *Bing* et *Yahoo* posent des hyperliens vis-à-vis d'images ?

Avant l'arrêt *Google image*, alors que l'on ne connaissait que l'arrêt *Paperboy*, on pouvait très bien considérer qu'une référence par un moteur de recherche envers du contenu *snippets*, comme ce qui est prévu par exemple au niveau des hyperliens, ne relève pas du droit exclusif. Un argument est le suivant : C'est justement l'utilisation de liens hypertextes qui permet de voir clair parmi un contenu à première vue énorme.

Autrefois, une contradiction pouvait exister entre la jurisprudence liée aux hyperliens et la jurisprudence liée à *Google Image*. Mais aujourd'hui, cette différence est claire, puisque l'on ne peut plus considérer que *Google Image* constitue des hyperliens ; car les images sont de taille réelle.

D'après la jurisprudence concernant les vignettes images, le *BGH* considère que celui qui propose du contenu avec un accès libre et non limité au niveau d'un site *web*, approuve par un consentement implicite la référence à ce contenu par les machines de recherche et les agrégateurs de contenu. Il y a donc implicitement consentement de l'auteur alors même qu'il y a une atteinte au droit. Finalement, au niveau des vignettes images, il n'y a pour l'auteur qu'une possibilité d' « *opt-out* ».

Ce qui est monnaie courante aujourd'hui, c'est le fait que les résultats liés aux moteurs de recherche basés sur la recherche de résultat textuel, présentent en plus d'un lien, des courts textes sous la forme de *snippet*. A transposer par analogie l'argumentation du *BGH* au cas de la recherche d'articles, cela revient en fait à considérer que les résultats ne peuvent faire l'objet de contrat de licence, ni ne peuvent faire l'objet d'un droit à rémunération. Or, c'est précisément ce que veulent les éditeurs de presse. Ils exigent – et cela particulièrement de la part de *Google* – une rémunération pour l'utilisation de *snippets* par les moteurs de recherche et par les agrégateurs d'actualité de *Google*.

C'est ce que montre par exemple l'argumentation développée par VG Media, une société de perception et de réception des droits VG Media, prenant en compte les droits voisins des éditeurs de presse. Le 18 juin 2014, la société de perception et de répartition des droits a intenté une action au civil contre *Google* et a exigé le paiement d'une rémunération équilibrée (ou d'une rémunération équitable) en raison de l'exploitation de titre de presse par *Google*. Celui qui est responsable de cette demande est le tribunal d'arbitrage pour des questions liées au droit d'auteur, au niveau de l'office allemand des brevets et des marques. Il s'agit ici d'une recherche de solution préalable à une demande devant les juridictions de droit civil en première instance. En fait la société *VG Media* souhaite contraindre *Google* à conclure un contrat de licence. Se pose néanmoins des questions fondamentales. Est-ce que cela signifie que la jurisprudence déjà développée dans le cadre de la jurisprudence des vignettes images trouve par analogie à s'appliquer au cas des éditeurs de presse ? Si tel était le cas, que resterait-il des droits voisins dans le cas des éditeurs de presse ?

En effet, la logique au niveau des éditeurs de presse est tout autre. Les éditeurs de presse bénéficient d'un droit qu'ils peuvent invoquer à l'encontre de *Google*. Pour consentir au référencement de *Google*, les éditeurs de presse doivent donc activement donner leur consentement. Il ne s'agit donc pas d'un consentement passif, comme au niveau des vignettes

images, mais d'un « *opt-in* », actif, c'est-à-dire d'un consentement explicite et non implicite. Considérer que la jurisprudence des vignettes images s'applique aux éditeurs de presse revient à anéantir leurs droits. Devant une telle divergence des concepts, et devant une telle évidence, il est difficile de considérer que le législateur allemand n'a pas eu connaissance d'une telle contradiction.

La relation entre la jurisprudence propre aux éditeurs de presse et aux vignettes images a été très discutée et est controversée. Ceux qui sont contre une application de la jurisprudence de *Google image* invoquent des raisons téléologiques, liées au sens et au but du nouveau droit pour les éditeurs de presse.

En France, une proposition de loi a été déposée le 8 avril 2014 préconisant un système de gestion collective obligatoire des droits d'auteur pour les activités des moteurs de recherche d'images. La proposition de loi n°428 du 8 avril 2014 instaurant la gestion collective des droits de reproduction et de représentation d'une œuvre d'art graphique, plastique ou photographique par un service de moteur de recherche et de référencement, présentée par le sénateur Marini. « Aujourd'hui, les moteurs de recherche dont *Google*, s'approprient, sans autorisation les images sur *internet* et les mettent à la disposition du public. Ces moteurs de recherche et de référencement court-circuitent ainsi les rémunérations que les auteurs peuvent percevoir de banques d'images qui offrent un service payant aux utilisateurs, particuliers ou professionnels. Les images référencées sur les moteurs de recherche sont également devenues la source essentielle de reproduction d'images en format réduit (« vignettes ») pour les ordinateurs, les baladeurs multimédias, les téléphones et les tablettes multimédias. Cette activité, grâce au volume de pages consultées et au trafic généré sur leurs espaces publicitaires leur permet de réaliser des bénéfices importants.

Or quelle est l'observation que l'on peut formuler vis-à-vis de tous ces services ? En fait de telles solutions sont ponctuelles et limitées à certaines catégories d'œuvres et à certains prestataires de services. Eu égard à la variété des prestataires privilégiés et à l'ampleur des utilisations des œuvres et d'objets protégés concernés, les solutions sont insuffisantes pour corriger le transfert de valeur dont profitent de nombreux. D'où la nécessité de trouver une solution au profit de l'ensemble des titulaires de droit victimes de ce transfert de valeur. Est-ce ici une mission impossible ?

Une voie pourrait être de réviser la directive 2000/31/CE pour limiter le périmètre du régime d'irresponsabilité conditionnelle et en exclure l'application aux prestataires de services qui tirent un bénéfice économique des contenus qu'ils stockent ou transmettent et concurrencent l'exploitation normale des œuvres et objets protégés.

Il est important de souligner qu'une telle solution a l'inconvénient de traiter dans un instrument transversal un problème spécifique au droit d'auteur et aux droits voisins. Il apparaît dès lors plus judicieux de trouver une solution dans le cadre de la directive 2001/29/CE dont la révision est en cours de discussion.

Une proposition de solution serait d'introduire une disposition prévoyant l'obligation pour les Etats membres de consacrer une compensation équitable au profit des titulaires de droit pour toutes les utilisations d'œuvres et objets protégés, laquelle serait supportée par certains intermédiaires techniques de l'*internet*.

Comment une telle disposition pourrait-elle être introduite ? Comme droit exclusif ou alors comme droit à rémunération équitable ? Une telle solution serait-elle reconnue sur le plan européen par *Oettinger*? Et au niveau du *Referentenentwurf*? Dès lors que l'on parle de

« *compensation* équitable », on est plutôt au niveau du droit exclusif ! Quoi qu'il en soit, une telle solution serait-elle innovante, puisque aucun mécanisme comparable n'existe à l'heure actuelle, ni au plan européen, ni au plan international.

La proposition doit être évidemment bien comprise. Il ne s'agit pas de légaliser les utilisations illégales de contenus protégés faites sur *internet*, pas même les usages dits non marchands. La compensation dont il s'agit ici a pour seul objectif d'atténuer l'atteinte aux intérêts légitimes des titulaires de droit résultant de l'extension des immunités de la directive 2000/31/CE à certains acteurs de *l'internet* qui ont la capacité de se prévaloir desdites immunités. Elle ne ferait donc pas obstacle à l'exercice de l'action en contrefaçon pour les mises à disposition illicites de la part des utilisateurs de ces intermédiaires. Elle ne remettrait pas non plus en cause la possibilité pour les titulaires de droits, de négocier des contrats de licence avec des entités qui, par définition, ne peuvent s'abriter derrière les statuts d'intermédiaires techniques prévus par la directive 2000/31/CE.

Parmi les catégories d'intermédiaires techniques de *l'internet*, il convient de déterminer lesquelles effectuent des actes relevant des droits exclusifs des auteurs.

Les entités pouvant être assimilées à des hébergeurs, telles que notamment les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les plateformes *UGC*, effectuent des actes de reproduction et de communication au public. Ainsi les *copies Crawl* et celle relatives au stockage de fichiers numériques incorporant des œuvres et objets protégés relèvent du droit de reproduction. De même la fourniture d'hyperliens, pointant vers des œuvres protégées, constitue, sous certaines conditions, à remplir notamment par les moteurs de recherche, un acte de communication au public. Il en va différemment des fournisseurs d'accès, qui ne réalisent pas des actes de reproduction relevant du droit exclusif ou des actes de communication au public. Leur prestation est purement technique et se limite à fournir un accès à une infrastructure, non aux contenus protégés eux-mêmes.

En conclusion : Selon le rapport du CSPLA, il apparaît indispensable de consacrer dans le cadre de la révision de la directive 2001/29/CE, une compensation équitable au bénéfice des titulaires de droit d'auteur et droits voisins pour l'utilisation des œuvres et d'objets protégés que font certains prestataires de services de la société de l'information, notamment les exploitants de moteurs de recherche, les réseaux sociaux et autres plateformes *UGC*. Ces derniers se retranchent derrière l'immunité de la directive 2000/31/CE, telle qu'elle est appliquée par la jurisprudence dans la majorité des Etats-membres, pour refuser de négocier avec les titulaires de droit, alors qu'ils effectuent des actes soumis au droit exclusif et/ou contribuent aux contrefaçons commises par les utilisateurs de leurs services. Le législateur européen doit par conséquent intervenir et rétablir un équilibre des intérêts, qui n'est actuellement plus sauvegardé.

La solution envisagée par la *SACEM* repose sur de nombreuses études réalisées et notamment sur l'étude de Mme Lucas-Schloetter pour le compte du *GESAC*. Ce rapport a retenu la voie suggérée par la *SACEM* au rang des solutions qu'il est possible de mettre en avant pour apporter un remède à l'impact négatif causé par l'application de certaines des solutions de la directive E-Commerce. En France, l'initiative de la *SACEM* a réuni l'assentiment de toutes les sociétés de gestion collective d'auteurs et d'artistes-interprètes.

Les solutions énoncées aux articles 12 à 15 de la directive E-Commerce jouent une « limitation » au droit d'auteur et aux droits voisins alors même que l'acte accompli par

certaines prestataires techniques met bien en œuvre le monopole d'exploitation. Ce constat entraîne une double conséquence :

- 1- L'existence d'une compensation en raison du préjudice subi
- 2- La détermination du débiteur de la compensation

Il y a bien évidemment lieu de fonder la recherche à partir des activités décrites par la directive 2000/31/CE pour ensuite déterminer quels prestataires techniques les accomplissent en certaines occasions.

En raison de la diversité des tâches accomplies par une même entreprise ou à cause du caractère mouvant de certaines activités, il y a lieu de procéder à un travail très fin de qualification. Un même prestataire pouvant recevoir une diversité de qualifications suivant les hypothèses concernées etc.

Nombre de producteurs reconnaissent le bien-fondé des constats réalisés par la SACEM mais n'approuvent pas pour autant les conclusions qui en sont tirées par les auteurs et les artistes-interprètes. En fait, il est adressé à la démarche précédemment exposée deux reproches.

- 1- Abandon du primat du droit exclusif. Il faut une mise à plat plus large permettant d'opérer un réexamen plus cohérent.
- 2- La limitation pratique, qui a été constatée, porte atteinte à l'exploitation normale des œuvres et objets protégés et cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits. N'est-ce pas là l'effet indésirable que le test en trois étapes entend justement proscrire ?

Certaines institutions françaises plaident pour la création d'un *nouveau statut* spécifique pour certains prestataires techniques de l'*internet*. Deux rapports méritent ainsi l'attention : le premier émane du Conseil d'Etat, le deuxième du Sénat.

Les préconisations du Conseil d'Etat sont simples. Dans l'étude annuelle pour l'année 2014, concernant le numérique et les droits fondamentaux, le Conseil d'Etat fait 50 propositions « pour mettre le numérique au service des droits individuels et de l'intérêt général ». Bien sûr, les développements de cette étude ne concernent pas directement le droit d'auteur, mais comme le souligne aussi le rapport du CSPLA « certains développements sont largement inspirés des problématiques de propriété littéraire et artistique (ou illustrés de raisonnements de cette matière) et pourraient, de ce fait, être étendus à cette dernière. Par exemple, la troisième proposition recommande de créer une nouvelle catégorie juridique de « *prestataires intermédiaires* », distincte de celle des hébergeurs, intitulée « plateformes » : « Une telle définition couvrirait l'ensemble des acteurs usuellement considérés aujourd'hui comme des plateformes : moteurs de recherche, réseaux sociaux, sites de partage de contenus (vidéos, musique, photos, documents, etc.), places de marché, magasins d'applications, agrégateurs de contenu ou comparateurs de prix ». En fait, cette catégorie « ouverte » est susceptible d'appréhender à l'avenir de nouveaux types de services encore peu développés ou inexistant à l'heure actuelle. L'objectif ne peut être plus clair : « cette définition cherche à capter ce qui caractérise la plateforme, c'est-à-dire son rôle d'intermédiaire actif dans l'accès à des contenus, des biens ou des services qui ne sont pas produits par elle ». Il s'agit donc d'une catégorie « distincte de celle de simples hébergeurs passifs » et de celle des éditeurs.

Selon le Conseil d'Etat, « la catégorie actuelle des hébergeurs, définis par leur rôle « technique et passif » et leur absence de connaissance et d'intervention sur les informations stockées, ne correspond plus à la réalité des plateformes, qui jouent un rôle actif de

présentation, de référencement et de classement », de sorte que « tous les grands services d'intermédiation utilisés sur *internet* pourraient perdre la qualification d'hébergeur et le régime de responsabilité civile et pénale limitée qui en découle ».

Le but ici est de soumettre ces « *prestataires intermédiaires* » à une obligation de loyauté et de mettre en œuvre de manière efficace le droit au déréférencement. En fait on peut constater que ce nouveau régime juridique applicable à certains acteurs est proposé en écho à des préconisations réalisées trois ans plus tôt par le Sénat, qui avait proposé de créer la catégorie « d'éditeur de services ».

Section 2- Remise en cause de la structure des droits ?

§ 1 : Remise en cause d'un « droit exclusif pour une exploitation »

De manière idéale, « ce qui déclenche l'application d'un droit exclusif, est un acte d'exploitation ». Bien sûr, tout droit exclusif ne constitue pas un acte d'exploitation. Il en va ainsi du droit de suite etc. Néanmoins, l'idée est que chaque exploitation réalisée par l'utilisateur d'une œuvre relève du droit exclusif.

A- Un droit pour des exploitations

Traditionnellement, l'exploitation est réalisée par une seule et même personne. Dès lors qu'un livre est copié, il y a reproduction de ce livre par cette seule personne, facilement identifiable. De même il y a communication au public d'une œuvre, dès lors qu'un texte est lu à voix haute. Là déjà, on voit que l'on est confronté à certaines difficultés dès lors que l'on communique une pièce de théâtre, puisque l'on a plusieurs acteurs. Ces différents acteurs sont néanmoins facilement identifiable.

Ceci n'est plus le cas dans le monde numérique, en raison précisément de l'interactivité. Dans le monde numérique, on ne peut plus clairement identifier qui réalise la reproduction d'une œuvre. S'agit-il de l'intermédiaire, ou du consommateur privé ? De même, dans le cas de contenus générés par les utilisateurs (*User Generated Content*) : qui communique l'œuvre au public lors de la communication des œuvres sur la plateforme *Youtube*? L'utilisateur consommateur, ou la plateforme *Youtube*? En raison de l'interactivité, il est difficile d'identifier la personne réalisant l'exploitation, et on ne peut donc pas déterminer la personne titulaire d'un droit exclusif. Peut-on considérer que toutes ces personnes réalisent une exploitation de l'œuvre ?

B- Des droits pour une exploitation

L'approche technique du droit de reproduction entraîne une situation critiquable, également mis en avant dans les réponses aux questionnaires de la Commission européenne suite à une consultation ayant eu lieu en décembre 2013. En effet, le téléchargement d'une œuvre sur un site *web* entraîne l'application du droit de communication au public et

parallèlement le jeu du droit de reproduction. Par conséquent, une même exploitation entraîne l'application de deux droits : le droit de communication au public et le droit de reproduction.

L'idée poursuivie est alors d'appliquer un seul et unique droit pour une exploitation. Admettons que l'on retienne une approche fonctionnelle des droits dont l'étendue est limitée par la recherche de la fonction du droit d'auteur. Une des fonctions du droit d'auteur serait de permettre au public d'atteindre ces œuvres. Une telle approche entraîne la qualification suivante. Au lieu de considérer que le téléchargement d'une œuvre constitue une reproduction et une exploitation, on pourrait très bien considérer que le téléchargement d'une œuvre de manière ascendante ne constitue qu'une communication au public.

Une telle critique de l'approche technique du droit de reproduction a déjà été adoptée dans le cadre de deux arrêts du tribunal d'instance de Munich²¹⁶¹. Dans ces deux arrêts, la critique de la conception technique du droit de reproduction n'entraîne cependant pas une remise en cause de la *summa divisio*. En effet, considérer qu'un acte d'exploitation relève du droit de reproduction ou du droit de communication au public ne revient pas à remettre en cause la *summa divisio*.

Finalement, on a vu que concevoir une exploitation au sens large permet d'élargir le champ d'application du droit exclusif. Reste à évaluer cette nouvelle définition de l'exploitation. Permet-elle de considérer qu'une exploitation est réalisée par une seule personne ? L'élargissement de la notion d'exploitation permet-elle de régler les questions liées à la structure des droits ?

§ 2- Remise en cause de la *summa divisio* ?

Après avoir développé les difficultés liées à la distinction des droit de d'exploitation sous forme corporelle et sous forme incorporelle, l'idée d'une remise en cause de la *summa divisio* est tentante, notamment lorsqu'elle concerne l'exploitation d'une œuvre sous forme numérique. Malgré tout, sa remise en cause présente également des inconvénients, si bien que la recherche d'une solution satisfaisante tant sur le plan dogmatique que dans son application pratique n'est pas évidente.

A- Différenciation quant au support de l'œuvre

L'idée d'une remise en cause de la *summa divisio* des droits ne concerne que l'exploitation sous forme numérique. En effet, la différenciation entre une exploitation sous forme corporelle et une exploitation sous forme incorporelle a bien lieu d'être dans un monde analogique. Ainsi, on aurait deux droits d'auteurs différents : l'un s'appliquant dans un monde analogique, l'autre dans un monde numérique. Or de nombreuses œuvres sont aussi bien disponibles sous forme analogique que numérique, si bien qu'une même œuvre recevrait une qualification différente suivant le support utilisé. Prenons pour exemple une œuvre littéraire. Dans le monde analogique, un livre incluant l'œuvre littéraire permet de véhiculer l'œuvre et d'atteindre un public. Aujourd'hui, l'œuvre littéraire peut très bien être véhiculée grâce par le

²¹⁶¹ L'arrêt *LG Munich*, 25 juin 2009 et l'arrêt *OLG Munich*, 29 avril 2010.

biais d'un *E-Book*. La remise en cause de la *summa divisio* aurait pour conséquence de considérer qu'une même œuvre soit soumise à un régime juridique différent suivant le support sur lequel il est commercialisé.

B- Remise en cause de la summa divisio ne règle pas les problèmes

Une différenciation du régime juridique par rapport aux supports ne peut pas avoir lieu en droit d'auteur et serait en contradiction totale avec l'esprit du droit en raison de sa neutralité technique (ou technologique). D'un autre côté, on peut très bien argumenter qu'un *e-book* peut constituer une nouvelle œuvre. En droit allemand, on distingue le *Bearbeitungsrecht* (art. 23 UrhG) et la *freie Nutzung* (art. 24 UrhG). Dès lors que le *E-Book* est une œuvre multimédia, on peut très bien considérer que la possibilité qu'il offre d'agrandir le texte, d'accéder à des images, constitue une nouvelle œuvre. Dans ce cas, un roman sous sa forme analogique et sous sa forme numérique ne constituerait pas la même œuvre. Supposons qu'on procède à une généralisation d'un tel argument, de sorte que toute œuvre présentée dans un monde analogique constitue une nouvelle œuvre dans un monde numérique. Cette approche serait alors incompatible avec le droit de reproduction, tel qu'il est connu en Allemagne, puisqu'il y a reproduction d'une œuvre, alors même qu'il y a changement de support.

Par conséquent, la remise en cause de la *summa divisio* dans le monde numérique est une mesure inadaptée qui, de plus, ne règle pas les problèmes actuels rencontrés dès lors qu'il s'agit de qualifier l'utilisation d'une œuvre à partir du *Cloud*, la question liée aux hyperliens, et la question de la qualification du *streaming*. Le vrai problème actuel, concernant la notion d'exploitation, est la qualification d'utilisation des œuvres présents dans un *Cloud* tout comme les relations entre le droit d'auteur et le droit contractuel. Il ne peut plus être traité dans la présente thèse.

Conclusion du chapitre I

Il y a *exploitation* dès lors qu'il y a une intention lucrative, une intention de réaliser un profit. En France et en Allemagne, la dimension lucrative est traditionnellement indifférente en droit d'auteur, puisque, selon la définition de la loi, les actes de reproduction et de communication au public ne requièrent aucune intention lucrative. Les difficultés de mise en œuvre de ce critère sont dues à la polysémie de la notion et à une interactivité accrue dans un monde numérique. Qui réalise un gain en utilisant une œuvre ? Malgré tout, ce critère présente l'avantage de ne plus opposer l'utilisation privée à l'utilisation publique d'une œuvre, mais une utilisation privée à une utilisation commerciale. Considérer le caractère lucratif comme un critère à part entière dans le but de définir une exploitation présente l'avantage d'exclure du champ d'application des actes d'utilisation d'œuvres liés à la simple jouissance privée non lucrative de celles-ci. De plus, alors que sur le plan technique, certains actes ne permettent qu'un accès à une œuvre protégée, une approche économique des mêmes actes permet d'inclure ces actes dans le champ d'application de l'exploitation. Un tel critère entraîne une nouvelle qualification juridique de l'utilisation des œuvres réalisée par le biais de la technique du *streaming*, du *linking* et du *cloud computing*.

Néanmoins, le caractère économique de l'utilisation d'une œuvre est souvent contourné par l'évocation de critères techniques mettant par exemple en avant le rôle neutre et

l'intervention « automatique » d'un moteur de recherche. Tenant compte des incertitudes et des lacunes du droit existant, les exploitants de nouveaux modèles d'affaires utilisant les technologies digitales, réalisent des actes d'utilisation des œuvres dont l'appartenance au champ d'application des droits patrimoniaux est précisément évitée de justesse. Cette stratégie permet d'éviter le paiement d'une rémunération au titulaire de droit. C'est pourquoi il y a lieu de s'interroger si l'on ne doit pas renouer avec la notion de jouissance de l'œuvre, pour faire en sorte que ces actes d'utilisation relèvent du champ d'application des droits d'exploitation. Quel est l'avantage de cette solution ? Elle permettrait d'englober des actes d'utilisation d'une œuvre qui, selon la définition traditionnelle, ne constituent pas des actes d'exploitation relevant du droit exclusif. Cela revient en fait à inclure le *Werkgenuss* ou la « jouissance » de l'œuvre dans la définition du droit d'exploitation, alors que le chapitre précédant avait mis l'accent sur le principe de la libre jouissance d'une œuvre.

Après avoir développé les difficultés liées à la recherche de critères permettant de décrire les contours et le contenu d'une exploitation et après avoir mis en lumière la difficile distinction des droits d'exploitation sous forme corporelle et sous forme incorporelle, l'idée d'une remise en cause de la *summa divisio* est tentante, notamment lorsqu'elle concerne l'exploitation d'une œuvre sous forme numérique. Néanmoins, une telle remise en cause entraîne une différenciation du régime juridique des œuvres par rapport aux supports et serait en contradiction totale avec l'esprit du droit en raison de sa neutralité technologique. La remise en cause de la *summa divisio* présente donc des inconvénients, si bien que la recherche d'une solution satisfaisante tant sur le plan dogmatique que dans son application pratique n'est pas évidente. Inadaptée, la remise en cause de la *summa divisio* n'apporte en outre pas de solutions aux problèmes actuels rencontrés dès lors qu'il s'agit de qualifier l'utilisation d'une œuvre à partir du *Cloud*, de l'utilisation d'œuvres liées, ou *streamées*.

Chapitre II- Amélioration *in concreto* des textes de loi.

Les améliorations des textes de loi proposées concernent tout aussi bien des propositions de révision de l'acquis européen (section 1) que des propositions de révision de la loi, sur le plan national (section 2).

Section 1- Proposition de révision de l'acquis européen

L'impulsion la plus forte en matière de révision du droit d'auteur est européenne²¹⁶². Le nombre de décisions rendu par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit d'auteur s'est accru de manière exponentielle ces cinq dernières années. Pour la première fois dans l'histoire du droit d'auteur, sa compréhension ne peut plus se concevoir sans une approche comparative mettant en parallèle le droit national et la jurisprudence de la *CJUE*. Certes, les textes internationaux et européens encadraient de tout temps les lois nationales, mais force est de constater que l'influence de l'Europe dans ce domaine a augmenté, poursuivant ainsi une harmonisation plus poussée de la matière. Peut-on cependant parler d'un « droit européen d'auteur »²¹⁶³ ?

Une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, liée à l'interprétation des notions autonomes et unitaires dans les chapitres précédents, montre bien les contradictions de cette jurisprudence qui ne satisfait pas le besoin de sécurité juridique. Bien qu'il soit occasionnellement reproché aux juges de la Cour de justice d'être créateurs de droits, il faut bien souligner que les juges n'agissent que sur la base des textes et des directives constituant l'acquis communautaire. Les textes sont-ils obsolètes ? Selon le rapport *Reda*²¹⁶⁴, initialisé par la toute jeune députée Julia Reda seule « pirate » élue au parlement européen, accepté après de nombreuses modifications le 9 juillet 2015, « les dispositions de la directives *InfoSoc* de 2001 n'ont pas permis l'adaptation nécessaire à l'augmentation des échanges culturels transfrontaliers facilités par *internet*. [...] Les défis d'aujourd'hui requièrent une mise à jour de la législation en plus d'une harmonisation ». Il ne fait pas de doute : les études consacrées à une révision des textes européens sur le droit d'auteur²¹⁶⁵ s'inscrivent dans une véritable dynamique européenne de réforme du droit d'auteur renforcée par la Commission Juncker. Lors de l'ouverture de la session parlementaire

²¹⁶² M. HAEDICKE, *Patente und Piraten, Geistiges Eigentum in der Krise*, C.H. Beck, 2011, p. 77.

²¹⁶³ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Is there a concept of european Copyright law ? History, evolution, policies and politics and the acquis communautaire*, in : I. Stamatoudi(ed.), *EU Copyright Law, a commentary*, Cheltenham 2014, p. 7-21. (16).

²¹⁶⁴ Le rapport REDA expliqué, à télécharger sur <https://juliareda.eu/le-rapport-reda-explique/>

²¹⁶⁵ Voir à ce sujet notamment deux études commandées par la Commission européenne : Study on the application of directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society (The « InfoSoc Directive ») réalisée par De Wolf & Partners en collaboration avec le CRIDS du 16/12/2013 (586 p.), à télécharger sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131216_study_en.pdf et Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions, réalisée par De Wolf&Partner, du 19/12/2014 (115 p), à télécharger sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/141219-study_en.pdf

le 15 Juillet 2014, M. Jean-Claude Juncker avait déjà considéré dans son allocution qu'un marché intérieur numérique interconnecté²¹⁶⁶ constituait l'une des dix priorités que « sa commission proposait de mettre en œuvre²¹⁶⁷. Cette volonté politique de réformer le droit d'auteur a été confirmée par une Communication publiée le 6. Mai 2015, dévoilant la stratégie suivie par la commission européenne²¹⁶⁸. Depuis, les communications s'enchaînent – au détriment de résultats concrets – puisque la dernière communication de la Commission européenne concernant le droit d'auteur date du 9 décembre 2015, et a pour objet la création d'un cadre plus « moderne » et « plus européen pour le droit d'auteur »²¹⁶⁹. Les communications communiquent certes les lignes directrices empruntées, mais ne proposent que très rarement de nouvelles formulations concrètes de la loi. C'est pourquoi, il faut saluer la consultation organisée par la Commission européenne sous la forme d'un questionnaire²¹⁷⁰ à partir de décembre 2013 ayant eu pour objectif de réunir les contributions de toutes les parties concernées sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur. Même si certains dénoncent « l'habillage démocratique de cette réforme²¹⁷¹ », on ne peut que saluer sur le principe, l'initiative de la Commission européenne, qui a suscité l'un des taux de participation de réponse les plus importants jamais rencontrés. Un rapport publié en juillet 2014²¹⁷² synthétise l'ensemble des réponses apportées aux questions et confirme ainsi que le droit d'auteur ne suscite pas seulement l'intérêt de quelques spécialistes de droit, mais fait l'objet d'un débat politique de première importance puisque la qualification juridique des hyperliens ou du *streaming* sont des questions concrètes, concernant chaque citoyen européen.

L'adaptation du droit d'auteur aux nouvelles technologies s'inscrit donc dans une démarche générale d'harmonisation. Comment peut-il en être autrement ? L'*internet* ne connaît pas de frontière et les œuvres protégées disponibles sur la toile sont accessibles au même moment partout dans le monde. Selon M. Haedicke, il va de soit, que des règles communes de droit d'auteur doivent être dégagées²¹⁷³. Certains auteurs posent néanmoins la

²¹⁶⁶ Traduction de l'allemand « *vernetzter digitaler Binnenmarkt* »

²¹⁶⁷ J.-C. JUNCKER, Ein neuer Start für Europa : *Meine Agenda für Jobs, Wachstum, Fairness und demokratischen Wandel*, à télécharger sur : ec.europa.eu/priorities/docs/pg_de/pdf.

²¹⁶⁸ COM (2015) 192, final ayant pour titre : « Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions – Stratégie pour un marché unique numérique en Europe ».

²¹⁶⁹ COM (2015) 626, final ayant pour titre : « Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions – Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur ».

²¹⁷⁰ Consultation publique sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur (période de consultation : du 05.12.2013 au 05.03.2014) Questionnaire en anglais uniquement. Public Consultation on the review of the EU copyright rules, à télécharger sur : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf

²¹⁷¹ R. MALKA dénonçant la « négation démocratique », *La gratuité, c'est le vol. 2015 : la fin du droit d'auteur ?*, p. 12.

²¹⁷² Voir le rapport présentant les réponses à la consultation publique sur la révision des règles de l'UE en matière de droit d'auteur, publié le 23.07.2014, (Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the Copyright Rules) à télécharger sur http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf

²¹⁷³ M. HAEDICKE, *Patente und Piraten, Geistiges Eigentum in der Krise*, C.H. Beck, 2011, p. 97.

question de la nécessité économique d'une telle harmonisation²¹⁷⁴ à l'échelle européenne, ce qui suscite des controverses.

Il ne s'agit bien sûr pas d'harmoniser le droit d'auteur pour la seule satisfaction intellectuelle et encore moins pour uniformiser le droit d'auteur, un but pratiquement impossible à mettre en œuvre, dû au fonctionnement différent des juridictions dans chaque Etat membre. On ne peut cependant ignorer les différentes solutions concrètes apportées par les juridictions allemandes et françaises concernant un même modèle d'affaires lié à l'utilisation ou à la consommation des œuvres. Tel est par exemple le cas du modèle d'affaires permettant l'enregistrement numérique *online individuel* d'œuvres télévisées, autorisé en Allemagne et interdit en France. Les modèles d'affaires liés aux nouvelles technologies ne sont donc pas autorisés de manière uniforme en Europe, ce qui affecte inévitablement le marché de l'Union, et notamment la libre circulation des marchandises et des services. Une harmonisation à l'échelle européenne pour les problèmes juridiques de droit d'auteur liés à l'environnement numérique est donc souhaitable.

De plus, il faut bien constater que la jurisprudence de la Cour de justice est parfois réceptionnée de manière diamétralement différente d'un Etat membre à l'autre, entraînant par exemple des divergences de qualification juridique d'un même acte d'utilisation d'une œuvre. Certains Etats de l'Union tiennent compte de la jurisprudence de la *CJUE* alors qu'un doute subsiste sur la portée de la jurisprudence de la *CJUE*. Les solutions proposées par les arrêts de la Cour de justice ne concernent-ils que la question préjudicielle posée ou doivent-ils être réceptionnés au niveau national pour une affaire présentant des faits similaires ? Quels critères permettent de caractériser une telle similitude de faits ? Une intervention du législateur européen en vue d'harmoniser le droit d'auteur à l'échelle européenne est souhaitable, et ce d'autant plus que la Cour de justice n'œuvre pas dans le sens d'une plus grande sécurité juridique. Souvent créatrice de droit, la Cour de justice de l'Union européenne interprète, certes, certaines notions clefs issues des directives de façon autonome et uniforme, mais la réception d'une telle jurisprudence à l'échelle nationale s'avère souvent très complexe. Il s'en suit une incompatibilité voire une contradiction entre le droit d'auteur national et le droit d'auteur issu de la jurisprudence de la *CJUE*. C'est pourquoi, de nombreux auteurs à travers l'Europe – peu en France, il est vrai – soutiennent une telle démarche d'harmonisation²¹⁷⁵.

²¹⁷⁴ Voir entre autres, R. :, *Une réforme sans nécessité économique*, in : *La gratuité, c'est le vol. 2015 la fin du droit d'auteur ?*, p. 8. Il est vrai que peu d'études économiques ont été réalisées sur la nécessité d'harmoniser le droit d'auteur, ce qui ne signifie pas qu'une réforme ne soit pas nécessaire sur le plan économique. Voir par exemple l'étude consacrée à l' «évaluation des répercussions économiques de l'adaptation de certaines limitations et exceptions au droit d'auteur et des droits voisins dans l'UE» – du 23.06.2014, à télécharger sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/140623-limitations-economic-impacts-study_en.pdf ou l'étude consacrée à l' «analyse économique de la territorialité du droit de mise à disposition dans l'UE», de mars 2014, à télécharger sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/1403_study1_en.pdf.

²¹⁷⁵ Voir entre autres : A. DIETZ, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1978 ; M. van EECHOUD, P. B. HUGENHOLZ, S. von GOMPEL, L. GUIBAULT & N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, 2009 ; J. ELLINS, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997 ; R. M. HILTY, *Entwicklungsperspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa*, p. 139-189 in : P. Behrens [éd.], *Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2004 ; R. M. HILTY, Ch. GEIGER, *Impulse für eine europäische Harmonisierung des Ureherrechts, Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog*, Lexis Nexis SA, 2007 ; M. LEISTNER, *Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts*, Referat im Rahmen der Vortragsreihe « Rechtsfragen der Europäischen Integration » in Bonn, 2008, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 167 ;

A ce propos, la directive *InfoSoc* souligne très clairement dans son premier considérant que « le traité – instituant la Communauté européenne – prévoit l'établissement d'un marché intérieur et l'instauration d'un système propre à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur. L'harmonisation des dispositions législatives des Etats membres sur le droit d'auteur et les droits voisins contribue à la réalisation de ces objectifs ». Or, pour un grand nombre de spécialistes du droit d'auteur, il ne fait pas de doute que le but d'harmonisation énoncé dans les considérants de la directive *InfoSoc* n'a pas encore été atteint²¹⁷⁶. La question n'est donc pas de savoir s'il faut ou non harmoniser le droit d'auteur, mais plutôt de déterminer la « densité » de cette harmonisation (en allemand, on parle de *Harmonisierungsdichte*²¹⁷⁷). Doit-il s'agir d'une harmonisation a minima ou a maxima ? La directive ne doit-elle proposer que des notions cadres, accordant aux Etats membres une certaine flexibilité d'interprétation et de transposition des notions, pourvu qu'un même but soit suivi ? Quels outils doivent-être mis en œuvre dans le but d'une harmonisation, une directive ou une ordonnance²¹⁷⁸ ? S'agit-il de mettre en place un code européen de la propriété intellectuelle²¹⁷⁹ ? Quelque soit le projet d'harmonisation proposé, il semble judicieux de ne pas ignorer l'*acquis communautaire* existant.

A défaut d'être très innovant, voir visionnaire²¹⁸⁰, c'est précisément dans cette démarche du respect de l'*acquis communautaire* que s'inscrit le projet *Wittem*²¹⁸¹. C'est de manière constructive, tout en étant conservateur, que le projet de code européen de droit d'auteur²¹⁸² rédigé par d'éminents spécialistes du droit d'auteur tient compte, dans un souci de pragmatisme, des sept directives européennes mises en place depuis les années 1991, avec l'intention d'alléger et de rendre le droit d'auteur plus cohérent et transparent. Ce texte du 26 avril 2010 est le fruit d'une réflexion menée depuis 2002 par des professeurs de droit d'auteur issus d'universités et de centre de recherche européens²¹⁸³. Le but de cette démarche était de proposer une base de travail, un socle commun sur lequel pourrait venir se greffer les discussions à venir concernant l'adaptation du droit d'auteur au niveau européen et sur le plan national. Sous l'impulsion de l'institut IVir à Amsterdam, une telle démarche d'harmonisation a

A. LUCAS, *Libres propos sur l'harmonisation communautaire du droit d'auteur et des droits voisins*, in : A. Ohly, T. Bodewig, T. Dreier, H.-P. Götting, M. Haedicke, M. Lehmann [éds.], *Perspektiven des geistigen Eigentums- und Wettbewerbsrechts, Mélanges en l'honneur de G. Schricker*, C.H. Beck München, 2005 ; G. MAZZIOTTI, *EU Digital Copyright law and the End-User*, Springer, 2008 ; V. MOGEL, *Europäisches Urheberrecht*, Juristische Schriftenreihe Band 180, Verlag Österreich, Wien 2001 ; A. OHLY, J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European legal Methodology*, Oxford University Press, 2013 ; G. SPINDLER, *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft : GRUR 2002*, 105 ; T.-E. SYNODINOU, *Codification of European Copyright Law : Challenges and Perspectives*, 2012.

²¹⁷⁶ R. KUHNEN, *Richtungsweisend ode reine nur begrenzt wahrgenommene Chance ? Der Copyright-Code des Wittem-Projekts*, JiPiTEC, 2011, p. 18-25 (19).

²¹⁷⁷ Une notion souvent relevée par HILTY et Th. DREIER au niveau de l'enquête commission.

²¹⁷⁸ « *Europäische Urheberrechtsverordnung als Befreiungsschlag* », voir M. HAEDICKE, *Patente und Piraten*, Geistiges Eigentum in der Krise, C.H. Beck, 2011, p. 99.

²¹⁷⁹ T. AZZI, V.-L. BENABOU, A. BENSAMOUN, N. MARTIAL-BRAZ, E. TREPPOZ, C. ZOLYNSKI, *Que penser du projet de Code global européen du droit d'auteur?*, Petites affiches, 29 juin 2012, n°130, p. 55 et s.

²¹⁸⁰ R. KUHNEN, *Richtungsweisend ode reine nur begrenzt wahrgenommene Chance ? Der Copyright-Code des Wittem-Projekts*, JiPiTEC, 2011, p. 18-25 (18).

²¹⁸¹ Du nom du château *Wittem* aux Pays-Bas, où lors d'un congrès, l'idée d'un code européen a pour la première fois été formulée.

²¹⁸² Texte accessible sous l'adresse : www.copyrightcode.eu

²¹⁸³ T. DREIER, *Das WITTEM-Projekt eines « European Copyright Code »* in : W. Erdmann, M. Leistner, W. Rüffer, T. Schulte-Beckhausen, *Festschrift für Michael Loschelder*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010, p. 47-60.

vu le jour suite à un consensus général dans le milieu académique, suivant lequel les réformes d'harmonisation n'étaient pas menées avec la transparence nécessaire et que la voix des spécialistes n'était pas souvent entendues²¹⁸⁴, rejoignant ainsi les propos de M. Malka²¹⁸⁵ – liés certes à la réforme actuelle en droit d'auteur – mais dénonçant entre autre aussi le « simulacre de consultation démocratique, dénué de la moindre valeur scientifique » des réformes envisagées au niveau européen. De plus, l'absence de traduction du questionnaire, disponible uniquement en langue anglaise, n'est de toute évidence pas judicieuse.

C'est donc dans un souci d'impartialité et de prise en compte des différents intérêts à protéger que les développements subséquents proposent une amélioration *in concreto* des textes de loi.

Le préambule de la directive *InfoSoc* prévoit « un cadre harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins [...] en assurant dans le même temps un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle [...] »²¹⁸⁶ et rappelle à plusieurs reprises que « toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé [...] »²¹⁸⁷. Souvent, il est soutenu que le fait d'accorder des prérogatives larges et importantes à l'auteur entraîne le maintien d'un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle. Néanmoins, un droit d'auteur fort n'est pas synonyme d'un droit d'auteur large. Ce dernier, applicable à tout type d'œuvre présentant un faible degré d'originalité et faisant l'objet de nombreuses exceptions ou restant inappliqué, ne favorise pas forcément les intérêts de l'auteur. On ne peut donc défendre, de manière générale, un droit d'auteur large. En effet, une plus large protection par le droit d'auteur ne rend pas plus fort. Il me semble au contraire plus judicieux de réajuster l'étendue des droits exclusifs, et d'en renforcer le noyau. C'est en ce sens que le projet *Wittem* ne constitue pas seulement une consolidation de l'acquis communautaire, mais contribue aussi à proposer des solutions concrètes liées à l'étendue des droits.

§1- Formulation des droits permettant de limiter leur étendue

Les propositions ont pour objet le droit de reproduction (A) tout comme le droit de communication au public (B).

²¹⁸⁴ Voir en ce sens une étude demandée par la Commission européenne à l'Institut IViR d'Amsterdam, sur l'harmonisation du droit d'auteur, qui n'a pas été prise en compte. Voir à ce sujet : van EECHOUD, HUGENHOLTZ, VAN GOMPEL, GUIBAULT, HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law – The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, 2009.

²¹⁸⁵ R. MALKA, *Une réforme sans nécessité économique*, in : *La gratuité, c'est le vol. 2015 : la fin du droit d'auteur ?*, p. 13.

²¹⁸⁶ Considérant (4) de la directive 2001/29/CE.

²¹⁸⁷ Considérant (9) de la directive 2001/29/CE.

A- Propositions concernant le droit de reproduction

Comme souligné dans les développements précédents, le droit de reproduction est pratiquement défini dans des termes identiques que ce soit au niveau de la directive sur les programmes d'ordinateur, concernant les bases de données, ou dans la directive *InfoSoc*²¹⁸⁸.

La seule question vraiment controversée tient au fait de savoir si les fixations temporaires et inévitablement présentes lors de la mise à disposition d'une œuvre *online*, entrent, ou non, dans le champ d'application du droit de reproduction. Le projet *Wittem* a fait le choix d'exclure du champ d'application du droit de reproduction, les reproductions temporaires n'ayant pas de signification économique propre²¹⁸⁹, d'où la définition suivante du droit de reproduction:

Art. 4.2 – Right of reproduction

The right of reproduction is the right to reproduce the work in any manner or form, including temporary reproduction insofar (41) as it has independent (42) economic significance (43) .

41- The phrase 'insofar as it has independent economic significance' only refers to temporary reproductions.

42- The term 'independent' means independent from a permitted use (i.e. permitted either by law or authorised by the right holder).

43- This carve-out absorbs the rule of art. 5(1) *InfoSoc* Directive. Note that it does not determine the burden of proof whether or not the reproduction in question is or is not temporary and/or has no independent economic significance.

Selon Mme Ginsburg, les actes exclus du champ d'application du droit de reproduction correspondent à première vue aux actes relevant de l'exception de reproduction provisoire prévus à l'art. 5 (1) de la directive *InfoSoc*. C'est cette correspondance que semble aussi évoquer M. Dreier, lorsqu'il présente le projet *Wittem* dans les *mélanges* en l'honneur de M. Loschelder²¹⁹⁰. Pour Mme Ginsburg néanmoins, les actes exclus de la notion de reproduction ne couvrent pas totalement ceux prévus par l'exception de l'art. 5 (1) de la directive 2001/29/CE. Une analyse détaillée de la rédaction de l'art. 4.2 du projet *Wittem* permet de comprendre cette différence.

Ainsi, Mme Ginsburg souligne que l'emploi de la terminologie de reproduction *indépendante* (en anglais : *independent*) suscite des doutes et donc des difficultés d'application²¹⁹¹. Il est vrai qu'une note de bas de page incluse au projet apporte des précisions

²¹⁸⁸ Voir respectivement, les articles 4 (a) de la directive sur les programmes d'ordinateur, l'article 5 (a) de la directive sur les bases de données, et l'article 2 de la directive *InfoSoc*. Pour une approche plus détaillée encore, voir S. DEPREUW, *The variable scope of the exclusive economic rights in copyright*, Wolters Kluwers, Law & Business, 2014, p. 121-242 et voir la partie I de cette thèse.

²¹⁸⁹ Voir entre autres : A. LUCAS-SCHLOETTER, *The Acquis Communautaire in the Area of Copyright and Related Rights : Economic Rights* (Chapter 6), in : T.-E. Synodinou, *Codification of European Copyright Law : Challenges and Perspectives*, 2012, p. 115-132 (119).

²¹⁹⁰ « Das Vervielfältigungsrecht ist dergestalt definiert, dass es die bislang in Art. 5 (1) der Richtlinie 2001/29/CE enthaltene zwingende Schrankenbestimmung von vorne herein begrenzend mit enthält », T. DREIER, *Das WITTEM-Projekt eines « European Copyright Code »*, in : W. Erdmann, M. Leistner, W. Rüffer, T. Schulte-Beckhausen, *Festschrift für Michael Loschelder*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010, p. 47- 60 (57).

²¹⁹¹ J. C. GINSBURG, « *European Copyright Code* » – *Back to first principles (with some additional detail)*, *Auteurs&Media* 2011/1, p. 5 s.

en considérant qu'une exploitation indépendante constitue *soit* une exploitation autorisée par la loi, *soit* par le titulaire de droit. On constate donc ici un rapprochement voir même une confusion entre la logique propre aux exceptions, et celle de la mise en œuvre du droit exclusif. C'est donc à juste titre que Mme Ginsburg souligne la différence d'approche retenue par le projet *Wittem* et la directive *InfoSoc*. Alors que dans le cadre de la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre au sens de la directive 2001/29 CE, on est amené à déterminer dans un premier temps si l'acte d'utilisation relève du droit de reproduction, puis dans un deuxième temps, si cet acte de reproduction relève d'une exception, il est vrai que le fait de définir l'indépendance d'un acte par rapport à la mise en œuvre d'une exception (une exploitation autorisée par la loi), entraîne un raisonnement inverse : il s'agira dans un premier temps de considérer l'application ou non d'une exception, pour envisager dans un second temps une éventuelle atteinte au monopole. Le point de vue de Mme Ginsburg, *exprimé dans la note* (numéro 42 de l'art. 4.2 du projet *Wittem*), est justifié et entraîne effectivement des confusions, mais non pas sur le principe visant à exclure du champ d'application du droit de reproduction certains actes de reproduction provisoire. Le droit de reproduction est défini de manière trop large à l'art. 2 de la directive *InfoSoc* et doit donc être restreint. Une telle approche n'est pas partagée par tous les auteurs, puisque Mme von Lewinski²¹⁹² considère que dans le respect des textes internationaux, et notamment de l'art. 9 de la convention de Berne, l'étendue du droit de reproduction ne devrait pouvoir être restreint. Reste à déterminer quel acte concrètement relève d'une reproduction. Ne peut-on pas considérer au vu des critères dégagés dans le but de qualifier l'exploitation d'une œuvre, que la « reproduction technique » d'une œuvre ne constitue justement pas une reproduction au sens du droit d'auteur ? On a souligné souligné à maintes reprises qu'une compréhension technique du droit de reproduction est inutile et artificielle : inutile, car englobée par le droit de communication au public, et artificielle, car n'ayant pas de caractère économique propre. De là à considérer que l'exception de reproduction provisoire doit être intégrée à la définition du droit de reproduction, il n'y a qu'un pas.

Mme Ginsburg souligne cependant que ce n'est pas l'ensemble de l'exception de reproduction qu'il s'agit de soustraire au droit de reproduction mais seulement une partie de cette exception. Elle relève ainsi une divergence quant à la nature et aux conditions requises permettant de qualifier une exception de reproduction provisoire, d'une part, et les actes exclus du droit exclusif de reproduction du projet *Wittem*, d'autre part. Mme Ginsburg évoque quatre arguments.

Premièrement, puisque les reproductions temporaires sont classifiées dans la directive comme étant une reproduction, il « est claire, que ces reproductions entrent dans le champ d'application du droit d'auteur²¹⁹³ ». Une telle approche peut néanmoins être critiquée. En effet, toute reproduction technique ne relève pas du droit de reproduction au sens du droit d'auteur.

Deuxièmement, le projet *Wittem* englobe dans la définition du droit de reproduction des reproductions temporaires (en anglais : *including temporary reproduction*), sans spécifier les circonstances dans lesquelles ces dernières ont été créées. Au contraire, les reproductions exclues du champ d'application du droit exclusif sont caractérisées de façon précise par la directive *InfoSoc* qui prévoit à l'art. 5 (1) que « les actes de reproduction provisoires (en

²¹⁹² S. v. LEWINSKI, Annex to Article 1(4) WCT, *The right of Reproduction under Article 9 of the Berne Convention*, in : J. Reinbothe, S. v. Lewinski [éds.], *The WIPO Treaties on Copyright*, second edition, 2015, Oxford Press, p. 65 et s.

²¹⁹³ J. C. GINSBURG, «*European Copyright Code*» – *Back to first principles (with some additional detail)* : Auteurs&Media 2011/1, p. 5 s. (15).

anglais : *temporary*) [...] sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique [...] ». Par conséquent, les « reproductions » que le projet *Wittem* exclues du champ d'application du droit exclusif sont d'une étendue moins grande que les exceptions exclues de la directive *InfoSoc*²¹⁹⁴.

Troisièmement, alors que dans le cadre de la directive *InfoSoc* c'est bien le défendeur qui doit prouver les conditions cumulatives et distinctes d'une utilisation légale, et d'une absence de valeur économique indépendante, en vue de bénéficier de l'exception de l'art. 5 (1) de la directive *InfoSoc*, le code *Wittem*, par une remarque formulée à la note n°43 ne désigne pas la personne ayant la charge de la preuve liée à l'absence de signification économique de l'utilisation en question. Mme Ginsburg considère néanmoins, que contrairement à la mise en œuvre d'une exception, la logique veut que ce soit plutôt le demandeur qui sera en charge de prouver les caractéristiques de l'utilisation d'une œuvre ne relevant pas du droit exclusif.

Quatrièmement, contrairement aux actes relevant de l'art. 5 (1) de la directive *InfoSoc*, soumis au test des trois étapes, les actes exclus du champ d'application du droit exclusif de reproduction et donc du champ d'application du droit d'auteur ne bénéficient pas de cette limite aux exceptions, un mécanisme permettant de sauvegarder les intérêts des ayants droits.

Devant de telles controverses liées à la restriction de l'étendue du droit de reproduction, il est nécessaire de rechercher si la proposition faite par le projet *Wittem* a également été évoquée voir proposée dans le cadre des questions et des réponses apportées à la consultation publique²¹⁹⁵ réalisée par la Commission européenne à partir de décembre 2013 et si une telle modification s'inscrit encore à l'ordre du jour de la réforme actuelle du droit d'auteur.

C'est de manière générale, que la consultation publique réalisée par la Commission européenne de décembre 2013 à mars 2014 pose la question de savoir, si l'étendue des droits nécessite une clarification²¹⁹⁶. La première question concrète concernant l'étendue de la définition d'un droit concerne néanmoins le « droit de mise à disposition » (« *making available* ») et non le droit de reproduction. Ce n'est que dans un deuxième temps que la Commission souligne que l'acceptation technique de la notion de reproduction entraîne l'application systématique du droit de reproduction dès lors qu'une œuvre est exploitée par le biais de technologies numériques. La consultation reconnaît donc bien un cumul d'application du droit de communication au public et du droit de reproduction, susceptible d'entraîner des difficultés lors de la mise en œuvre des droits. Dans un paragraphe introductif à la question proprement dite, la Commission souligne que les difficultés liées à l'application de deux droits à un même acte d'exploitation sont considérées comme d'autant plus grandes, que les droits sont détenus par des personnes différentes²¹⁹⁷. La question posée est plus générale, puisque la Commission pose la question de savoir, si « l'application de deux droits à un même acte

²¹⁹⁴ « The contrast suggests that the « temporary » reproductions that the proposed Code removes from the scope of exclusive rights may cover far less « transient » fixations than those exempted by the Directive », voir J. C. GINSBURG, «*European Copyright Code*» – *Back to first principles (with some additional detail)* : Auteurs&Media 2011/1, p. 5 s. (15).

²¹⁹⁵ « Public Consultation on the review of the EU Copyright rules », à télécharger à partir de: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_fr.htm

²¹⁹⁶ « Is there a need for more clarity as regards the scope of what needs to be authorised (or not) in digital transmissions ? », p. 10 de la consultation publique.

²¹⁹⁷ « This may complicate the licensing of works for *online* use notably when the two rights are held by different persons/entities », p.11 de la consultation publique.

d'exploitation dans l'environnement *online* crée des problèmes »²¹⁹⁸. Les réponses apportées à cette question et résumées dans le rapport en date de juillet 2014²¹⁹⁹ sont intéressantes, en ce qu'elles mettent en évidence les différents intérêts en présence, soulignant la volonté de la Commission d'aboutir à un compromis. La réponse des intermédiaires techniques, non surprenante il est vrai, correspond à la thèse soutenue dans ce travail, en ce que le droit de reproduction dans son appréhension purement technique ne devrait pas relever du droit d'auteur²²⁰⁰. Une telle thèse ne rejoint pas seulement les intérêts des intermédiaires, des distributeurs, ou des prestataires de services, mais d'avantage les consommateurs et les auteurs, dès lors que ces derniers se comportent comme des consommateurs.

Les consommateurs, eux, ne semblent pas mesurer l'enjeu de la question. Seul certains d'entre eux souhaitent plutôt une remise en cause de la *summa divisio* dans un monde numérique, afin qu'un seul droit soit reconnu pour une exploitation *online*²²⁰¹. En fait, la réponse à la question 10 comporte déjà des éléments de réponse, évoquant notamment la possibilité de « regrouper » les droits²²⁰². Certains auteurs reprochent à la consultation d'avoir été opérée en-dehors de toute définition d'un panel scientifique, avec des questions plutôt orientées ne mettant pas toujours l'accent sur les réelles difficultés, et des réponses pour partie pré-formatées²²⁰³. En effet, on peut se demander si la question 10 faisant référence à la distinction entre une exploitation sous forme corporelle et une exploitation sous forme incorporelle laisse transparaître une volonté politique visant à mener une réflexion plus approfondie quant à l'étendue et à la portée du droit de reproduction ? Pas totalement dépourvu de fondement, la remise en cause de la *summa divisio* dans un monde numérique diffère cependant de la solution visant à ne reconnaître qu'un droit de reproduction que si ce droit relève d'une indépendance économique. Les auteurs eux, ne voient pas d'un mauvais œil, l'application de deux droits pour une seule et même exploitation, leur permettant ainsi d'obtenir une double rémunération. Cependant, cette vision à court terme des auteurs étonne, puisque ces derniers peuvent très bien, à leur tour devenir des consommateurs. La thèse suivant laquelle, il est nécessaire de réduire l'étendue du droit de reproduction trouve cependant écho dans les réponses apportées par certaines voix de la doctrine²²⁰⁴ (*notion du browsing*).

En plus du droit de reproduction au sens strict, le projet *Wittem* propose une description sommaire du droit de distribution. Contrairement à la rédaction de l'art. 4 (1) de la directive *InfoSoc*, le projet *Wittem* ne décrit ni de manière détaillée le droit de distribution ni n'apporte

²¹⁹⁸ « Does the aPPLication of two rights to a single act of economic exploitation in the *online* environment (e.g. a download) create problems for you? ».

²¹⁹⁹ Téléchargeable sur http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf (vu le 14 juin 2016)

²²⁰⁰ « They say that reproduction is an irrelevant component of the subsequent on-demand communication to the public and as such should not be treated as a relevant act at all », in : *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, p. 14.

²²⁰¹ « Some consumers advocate a single right for *online* exploitation »

²²⁰² En anglais : legislation to achieve the «bundling of rights».

²²⁰³ R. MALKA, *Une réforme sans nécessité économique*, in : *La gratuité, c'est le vol. 2015 : la fin du droit d'auteur ?*, p. 13.

²²⁰⁴ « Some propose to redefine the rights by replacing the current technical notion of reproduction by a more normative interpretation that factors in the economic impact of a digital reproduction ».

de précisions liées à la jurisprudence de la *CJUE*²²⁰⁵. Une note indique cependant que l'épuisement du droit de distribution doit être envisagée comme étant en conformité avec la notion abordée en droit des brevets. L'étendue de l'épuisement étant ambiguë²²⁰⁶, il fera l'objet de plus amples développements, dans le paragraphe subséquent. La rédaction succincte du projet *Wittem* reconnaît le droit de distribution en employant les termes suivants :

Art. 4.3 – Right of distribution

(1) The right of distribution is the right to distribute to the public the original of the work or copies thereof.

(2) The right of distribution does not apply to the distribution of the original or any copy that has been put on the market by the holder of the copyright or with his consent.⁴⁴

B- Propositions concernant le droit de communication au public

L'approche hybride proposée par le projet *Wittem* est intéressante²²⁰⁷. D'une part, le projet ne propose qu'une liste limitative des droits, en ne reconnaissant que le droit de reproduction, le droit de communication au public et le droit de distribution. D'autre part, le droit de communication au public est conçu comme une notion « ouverte »²²⁰⁸. Selon le projet *Wittem*, la communication au public englobe le « droit de performance en public, la transmission, et la mise à disposition des œuvres au public »²²⁰⁹. Les développements s'attachent d'abord à la notion même de communication au public (a), en accordant de l'importance aux relations entre les différentes composantes du droit de communication au public (aa), tout comme à la notion de public (bb), avant de développer plus particulièrement l'application ou non du droit de communication au public au sujet de la qualification juridique de la pose d'un hyperlien (b), un sujet largement abordé dans le cadre des consultations publics réalisées par la Commission européenne et toujours encore controversé même après l'intervention des juridictions européennes et nationales.

1- Vers un droit général de communication au public

Avant de proposer une définition légale du public (b), il est nécessaire d'envisager les relations entre les différentes composantes du droit de communication au public (a).

²²⁰⁵ Th. DREIER, *Das Wittem-Projekt eines « European Copyright Code »*, in : W. Erdmann, M. Leistner, W. Rüffer, Th. Schulte-Beckhausen [éd.], *Festschrift für Michael Loschelder zum 65. Geburtstag*, 2010, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln.

²²⁰⁶ J. C. GINSBURG, « *European Copyright Code* » – *Back to first principles (with some additional detail)*, *Auteurs&Media* 2011/1, p. 15.

²²⁰⁷ R. KUHLEN, *Richtungsweisend oder nur begrenzt wahrgenommene Chance?* *JiPiTEC*, 2011, p. 21.

²²⁰⁸ Voir la note de bas-de-page n°45 faisant partie du projet *Wittem* : «The right of communication to the public is divided into three main categories, but the list is open-ended and non-exhaustive ».

²²⁰⁹ Traduction de l'anglais : « public performance, broadcasting, and making available ».

a- Relations entre les différentes composantes du droit de communication au public

Le projet *Wittem* prévoit une liste non exhaustive de droits pouvant être qualifiés de communication au public :

Art. 4.5 – Right of communication to the public

(1) The right of communication to the public is the right to communicate the work to the public, including but not limited to (45) public performance (46), broadcasting (47), and making available to the public of the work in such a way that members of the public may access it from a place and at a time individually chosen by them.

(45) : The right of communication to the public is divided into three main categories, but the list is open-ended and non exhaustive

(46) : Public performance also includes public recitation, « public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images [of the broadcast of the work] » (art. 11 bis (1), (iii) BC) and public display (i.e. on a screen).

(47) : The term « broadcasting » includes rebroadcasting and retransmitting, by wireless and wired (cable) means.

Comme le souligne aussi Mme Ginsburg, le droit de communication au public, tel qu'il est prévu par le projet *Wittem* permet une meilleure adaptation aux nouvelles technologies, par le biais tout à la fois d'une interprétation extensive des composantes existantes et/ou par la prise en compte de nouvelles composantes du droit de communication au public non prévues par le code européen d'auteur²²¹⁰.

De part les composantes du droit de communication au public reconnues, le projet *Wittem* propose une harmonisation plus poussée que la directive *InfoSoc*, allant au-delà de *l'acquis communautaire*. En effet, la directive *InfoSoc* n'harmonise que les communications d'œuvres à un public, non présent au lieu d'origine²²¹¹. En reconnaissant un droit de performance, incluant la notion de récitation, la transmission par haut parleurs²²¹² etc., la notion de communication au public au sens du projet *Wittem* inclut justement un public présent au lieu des communications. Etendre ainsi l'harmonisation du droit de communication au public est nécessaire au regard de l'adaptation du droit d'auteur aux nouvelles techniques numériques, puisque la présence d'un public au lieu de communication n'empêche pas l'utilisation de ces nouvelles technologies permettant de réaliser une telle communication. Néanmoins, la terminologie d'« exposition publique²²¹³ » employée dans une des notes de bas de page du projet n'est pas bien choisie. Qu'est-ce qu'une exposition publique ? S'agit-il de l'exposition publique d'une œuvre corporelle, telle une peinture ou une sculpture ? Le projet *Wittem* cherche-t-il à harmoniser le droit d'exposition ? Un tel projet ne serait pas dénué de pertinence, puisque le droit d'exposition relève du droit de représentation en France²²¹⁴ et du droit de reproduction en Allemagne²²¹⁵. Le doute subsiste²²¹⁶.

²²¹⁰ J. C. GINSBURG, « *European Copyright Code* » – *Back to first principles (with some additional detail)*, Auteurs&Media 2011/1, p. 16.

²²¹¹ Voir considérant 23 de la directive *InfoSoc*.

²²¹² Voir la note de bas de page du projet *Wittem*, n°46.

²²¹³ Voir à ce sujet, la note n°46 du projet *Wittem*, « public display (i.e. on a screen) »

²²¹⁴ Art. L. 122-2 *CPI* en France

²²¹⁵ § 18 *UrhG* en Allemagne (en allemand : *Austellungsrecht*)

Malgré certaines approximations terminologiques, le projet *Wittem* apporte des précisions par rapport à la directive « de droit commun » *InfoSoc* au sujet notamment de la notion de la communication au public, puisque la rédaction du projet laisse clairement comprendre que le droit de mise à disposition est englobée par le droit de communication au public. Selon Mme Ginsburg²²¹⁷, le projet *Wittem* reprend la formulation de l'art. 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, qui dispose que « [...] les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public [...] y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ». La « mise à disposition » est donc bien englobée par le terme générique de « communication au public ».

Quels critères permettent de distinguer les différentes composantes du droit de communication au public ? On constate que ni le projet *Wittem* ni la directive de droit commun *InfoSoc* n'apportent de précisions quant aux contours et aux critères permettant, par exemple, de distinguer la télédiffusion, d'une mise à disposition. L'étendue des composantes du droit de communication au public est-elle laissée à la discrétion des Etats membres ? Dans ce contexte la question posée par la consultation publique de la commission, au sujet de l'étendue du droit de « mise à disposition » est à saluer²²¹⁸. Sans surprise, il ressort des réponses apportées par les utilisateurs et les consommateurs, tout comme de la part des institutionnels, et même d'un Etat membre, que l'étendue du droit de « mise à disposition » n'est pas claire²²¹⁹. Certains auteurs suggèrent par exemple, de clarifier la dimension interactive motivant la mise à disposition, d'une œuvre *online*, afin de ne pas confondre ce droit avec l'emploi de cette même terminologie dans le sens du langage courant, désignant simplement le fait de « rendre accessible » une œuvre.

Est-ce néanmoins au législateur européen de proposer des critères de distinction entre ces différentes composantes du droit de communication au public ? La structure du droit de communication au sens de la directive *InfoSoc* est synthétique (d'un point de vue allemand, tout au moins) : ce droit est compris de façon globale, ce qui a pour inconvénient de ne pas apporter de réponses aux juridictions allemandes, très cristallisées sur la difficile distinction entre un droit de mise à disposition au sens du § 19 a UrhG et au sens du § 20 UrhG. Assurément, un juriste allemand souhaiterait des précisions de la part du législateur européen, puisque la structure synthétique de la directive *InfoSoc* ne permet pas d'apporter de réponses aux difficultés posées en partie par les technologies numériques à une structure analytique des droits, telle qu'elle existe en Allemagne.

²²¹⁶ J. C. GINSBURG, « *European Copyright Code* » – *Back to first principles (with some additional detail)*, Auteurs&Media 2011/1, p. 16.

²²¹⁷ J. C. GINSBURG, *ibid.*, p. 16.

²²¹⁸ Question n°8 : *Is the scope of the making available right in cross-border situations – i.e. when content is disseminated across borders – sufficiently clear ?* in : *Public consultation on the review of the EU copyright rules*.

²²¹⁹ Concerning the End users/consumers : « a large majority finds the scope of the making available right unclear », Concerning the Institutional users : « the vast majority of those consider that the scope of the making available right is not clear », Concerning the Member States : « One member State explicitly indicate that the scope of the making available right should be further clarified », voir respectivement p. 12 et p. 14, in : *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, July 2014.

Faut-il néanmoins renoncer à la structure synthétique de la directive *InfoSoc* ? Un juriste français s'exclamerait : surtout pas ! Un texte législatif comportant de nombreuses distinctions ne fait qu'accroître les difficultés de délimitation des différentes prérogatives, ce qui aboutit à une complexification inutile du texte législatif en question. Au delà, de ce que propose le projet *Wittem*, une partie de la doctrine suggère la mise en place d'un droit général de communication au public à l'échelle européenne, sans plus de distinction aucune, entre un droit de mise à disposition et un droit de télédiffusion. Une telle approche générale serait principalement envisagée à propos du droit de communication à un public, non présent au lieu de la communication. Il s'agirait donc principalement de ne plus distinguer entre un droit de télédiffusion de point à multipoint et un droit de mise à disposition ainsi que de considérer le droit de communication au public comme un droit englobant²²²⁰. L'avantage d'une telle solution est dûe à sa simplicité de mise en œuvre. Plus besoin de distinguer les deux droits, comme en Allemagne.

M. Geiger lui, va plus loin et propose de qualifier la radiodiffusion et la télédiffusion par *internet*, le *simulcasting*, le *webcasting*, voir même le *streaming*, les vidéos *near-on-demand*, le *pay-per-view*, le *near-on-demand-pay TV* et le *pod-casting* comme des transmissions *online*, et donc comme des « communications au public »²²²¹. Selon M. Geiger en effet, dans le but de caractériser une communication au public, une « transmission » (ou retransmission) est nécessaire, de sorte que la communication au public se caractérise par cet élément de distance : il y a donc « émission » et « réception ». La simple « mise à disposition » ne constitue donc pas, selon lui, une communication au public, puisqu'il n'y a pas de communication envers un public effectif sans transmission.

Ce qui étonne néanmoins, c'est la façon très globale de M. Geiger d'envisager la qualification juridique du *streaming*. En effet, le *streaming* est bien une technique et non pas un acte d'utilisation d'une œuvre. A quel acte d'utilisation se rattache la qualification juridique de « communication au public » ou de « transmission *online* » proposée par M. Geiger ? Les développements précédents ont montré que l'utilisation de certaines techniques, dont celle du *streaming*, entraîne pour partie aussi une « reproduction » de l'exemplaire de l'œuvre au moins dans la mémoire vive de l'ordinateur, pouvant à son tour faire l'objet d'une exploitation. S'agit-il dans ce cas, d'une simple reproduction technique de l'œuvre relevant nécessairement de l'exception de reproduction prévue à l'art. 5 (1) de la directive *InfoSoc* ? Difficile à dire. S'il le souhaite, l'utilisateur peut très bien garder cet « exemplaire » et l'exploiter par la suite. Non exploitée, l'exemplaire de l'œuvre streamée ne constitue donc pas une reproduction au sens du droit d'auteur, selon la thèse développée dans ce travail. Ne peut-on cependant pas envisager que l'utilisation de certaines technologies numériques entraîne une véritable reproduction, ne pouvant être englobée par le droit de communication au public ? Tenant compte du développement exponentiel des nouvelles techniques, il ne paraît pas judicieux d'apprécier l'étendue d'un acte d'utilisation d'une œuvre de manière aussi globale que ne le fait M. Geiger et d'en déduire une application générale du droit de communication au public.

²²²⁰ Ch. GEIGER parle de « *umbrella right* », in : Ch. Geiger and F. Schönherr, *The information society Directive*, (articles 5 and 6 (4)), in Art. 3, *Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject matter*, in : I. Stamatoudi et P. Torremans, *EU-Kommentar*, Elgar, Cheltenham [e. a.], 2014, p. 406-421.

²²²¹ Ch. GEIGER and F. SCHÖNHERR, *The information society Directive*, (articles 5 and 6 (4)), Art. 3, *right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject matter*, in : I. Stamatoudi et P. Torremans, *EU-Kommentar*, Elgar, Cheltenham [e. a.], 2014, p. 409.

Mais alors, quelle est l'étendue de l'acte technique à prendre en compte, en vue de le qualifier juridiquement ? La proposition faite dans cette thèse, consiste à prendre en compte le critère de l'exploitation, en vue de déterminer l'étendue de l'acte technique. Le vrai problème tient au fait de déterminer les critères permettant de reconnaître l'exploitation d'une œuvre. Les développements précédents ont permis de dégager plusieurs critères. A quel critère peut-on donner la priorité ? La solution n'est pas simple et elle est forcément politique. Dans le cas concret du *streaming*, il faut analyser toutes les fois, où l'utilisation de la technique du *streaming* permet de caractériser une nouvelle exploitation. La proposition « englobante » de M. Geiger permet bien sûr de simplifier la qualification juridique de l'acte. La question reste néanmoins de déterminer si le *streaming* peut donner lieu à plusieurs « communication au public », réalisée par des personnes différentes. Reconnaître des composantes différentes au droit de communication au public, permettrait d'accorder des droits, à des personnes différentes, tel le droit de mise à disposition à la personne mettant le contenu *online*, le droit de télédiffusion réalisés par les ayants droits ou bien les intermédiaires techniques etc. En fait, la solution de M. Geiger revient plutôt à remettre en cause la *summa divisio* dans un monde numérique, plutôt que de reconnaître un droit général de communication au public. En effet, la proposition de M. Geiger tend à ne plus du tout reconnaître de droit de reproduction *online* (mis à part peut-être le téléchargement d'une œuvre sur un serveur). Finalement, les propos de M. Geiger rejoignent ceux de son « adversaire » le plus tenace, puisque M. Gautier aussi prévoit la reconnaissance d'un droit unique de communication au public pour le monde numérique. Outre le fait que d'employer la même terminologie de « communication au public » pour ce nouveau droit numérique n'est pas judicieux, puisqu'elle entraîne une confusion avec le « vrai » droit de communication qui a toujours encore sa raison d'être dans un monde analogique, c'est la remise en cause même d'une *summa divisio* dans un monde numérique, qui bien que pas totalement dépourvue de fondement, n'est pas une solution satisfaisante, notamment à l'égard de la neutralité technique du droit d'auteur²²²².

De plus, une approche globale du droit de communication au public entraîne des conséquences importantes liées à une définition différente de la communication au public prévu dans les autres directives, et au niveau de la directive sur les programmes d'ordinateur.

b- Notion de public

De *lege lata*, la notion de public n'est nullement défini par les textes de la directive, ni par les autres instruments légaux européens²²²³. Puisque cette notion n'est pas harmonisée mais laissée à la libre appréciation des législations et des juridictions de chaque Etat membre, elle devrait faire l'objet d'une notion autonome et uniforme à l'échelle européenne²²²⁴.

Comment définir le public ? Il est généralement décrit de manière positive par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²²²⁵.

²²²² Voir supra, le chapitre consacré au rejet d'une remise en cause de la *summa divisio*.

²²²³ Ch. GEIGER and F. SCHÖNHERR, *The information society Directive*, (articles 5 and 6 (4)), Art. 3, right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject matter, in : I. Stamatoudi et P. Torremans, *EU-Kommentar*, Elgar, Cheltenham [e. a.], 2014, p. 406-421.

²²²⁴ Concernant le besoin de reconnaître des notions autonomes : voir par exemple, affaire *usedSoft* (C-128/11) n° 39 ; voir aussi l'affaire *SGAE* (C-306/05), n° 31 et 39.

²²²⁵ Voir, par exemple, l'arrêt *Rafael Hoteles* (C-306/05), n° 40, l'arrêt *Marco Del Corso* (C-135/10) ou les arrêts *Lagardère* (C-192/04), *Mediakabel* (C-89/04), *PPL* (C-162/10).

Une utilisation publique d'une œuvre peut également être caractérisée par opposition au caractère privé de cette utilisation. Dans ce même ordre d'idée, le droit français caractérise le public par la négative, *a contrario* d'un cercle de famille. Le projet *Wittem* propose une définition du public à la fois positive et négative :

Art. 4.5 – Right of communication to the public

[...]

(2) A communication of a work shall be deemed to be to the public if it is intended for a plurality of persons, unless such persons are connected by personal relationship.

Mme Ginsburg est cependant gênée par la notion de public telle qu'elle est décrite dans le projet *Wittem*. D'une part, le concept de « communication au public » peut porter à confusion²²²⁶ en ce que la communication au public est décrite comme une communication à l'intention d'une « pluralité de personnes » (en anglais : *for a plurality of persons*). Il ne fait cependant pas de doute, qu'une communication peut être destinée à une seule personne, faisant elle-même partie d'un public.

D'autre part, les personnes ayant des « relations personnelles » (en anglais : *personal relationship*) sont exclues de cette notion. C'est à juste titre que Mme Ginsburg pose la question de la signification et des contours à donner aux « relations personnelles » à l'heure du numérique. S'agit-il des amis que l'on a sur son compte Facebook²²²⁷? S'agit-il des personnes avec lesquelles on partage un accès à un *cloud*? En effet, les rédacteurs du projet *Wittem* ont choisi de définir le public *a contrario* de « personnes ayant des relations personnelles », une notion allant bien au-delà du traditionnel critère – utilisé en droit français – de « cercle de famille » ou « du cercle de famille élargi aux personnes proches ». Une telle caractérisation des personnes pouvant être exclues du public conduit, par conséquent, à réduire la notion de public. Finalement, une acception plus restrictive du public entraîne, pour conséquence logique, une restriction du monopole de l'auteur.

Bien que la rédaction du projet *Wittem* suscite des critiques, l'initiative est à saluer. D'un point de vue français tout au moins, il semble judicieux, dans un souci de sécurité juridique de clairement préciser qu'il n'y a mise en œuvre d'un droit exclusif, que dans le cas d'une exploitation à caractère public. Le droit français prévoyant un droit de représentation ne laissant pas expressément apparaître le caractère public d'une telle exploitation, fait l'objet de controverses quant à la nécessité ou non d'un public pour caractériser une telle exploitation. L'opinion dominante considère que « dans la logique même du droit d'auteur, la représentation ne donne prise au monopole que si elle communique l'œuvre au public²²²⁸ ». Comment expliquer alors que l'art. L.122-5 *CPI* prévoit l'exception que l'auteur ne peut interdire « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille » ? Conférer le caractère d'exception à cet article revient à nier tout caractère public de la représentation. A moins de soutenir que l'art. L. 122-5 1° *CPI* ne constitue pas véritablement une exception au monopole, mais en délimite simplement l'étendue. Tenir compte ou non du caractère public en vue de qualifier juridiquement un acte de représentation, nécessite en fait de prendre position quant à la nature même de l'art. L.122-5 1° *CPI*. En raison de l'incertitude liée à une notion aussi fondamentale en droit d'auteur que le droit de représentation, on peut

²²²⁶ GINSBURG, Jane C., *European Copyright Code*, *Back to first principles (with some additional details)*, Auteurs&Media 2011/1, p. 5 et s.

²²²⁷ Voir à ce sujet, les développements précédents sur la difficulté à qualifier un public.

²²²⁸ M. VIVANT/J.-M. BRUGUIERE, p. 487.

regretter que le législateur français n'ait pas osé franchir le pas, afin de désigner dans le fil des textes internationaux et européens, un droit de « communication au public »²²²⁹. Comme le souligne également M. Vivant, une telle observation vaut encore plus, si l'on juge que l'on se trouve dans une situation dite « d'harmonisation totale », qui ne laisse pas de liberté aux Etats membres²²³⁰.

Une définition du public inclus dans la définition des droits exclusifs, telle que prévue par l'art. 15 al. 3 de la loi sur le droit d'auteur allemand semble plus simple à manier, qu'une référence *a contrario* et implicite au « cercle de famille » et constitue donc un modèle à privilégier à l'échelle européenne. En effet, le droit d'auteur allemand n'appréhende pas le public de manière traditionnelle, comme un ensemble de personnes qui se retrouve dans un même temps et un même lieu pour entrer en contact avec l'œuvre, comme c'est le cas lors d'un concert. On comprend bien en quoi cette perspective ne répond plus aux nouveaux modes de communication des œuvres. Il était donc important de rompre avec l'unité de temps et avec l'unité de lieu, ce qui a été fait au niveau de la définition allemande en ne faisant référence qu'aux œuvres « perceptibles » (en allemand : *wahrnehmbar*), par exemple dans les différentes chambres d'un hôtel et lors de la mise à disposition des œuvres (en allemand : *Zugänglichmachung*) sur un site *web* (absence d'unité de temps). Les exemples ne sont néanmoins pas explicitement nommés par la définition. Seule la terminologie spécifique est employée dans la définition. La définition allemande du public s'adapte donc aux nouvelles réalités et sa mise en œuvre semble satisfaisante.

La définition du § 15 al. 3 de la loi sur le droit d'auteur allemand est de toute évidence plus adaptée que la définition du public proposée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, on a déjà vu que la Cour de justice de l'Union a précisé à plusieurs reprises dans ses arrêts²²³¹, que 'public' « vise un nombre de personnes assez important ». Or comment déterminer ce nombre ?

La définition allemande est plus praticable que la définition adoptée par la Cour de justice, qui précise que le nombre de personnes doit être important. Or, on se demande alors bien où faire passer la limite entre un acte privé et un acte public²²³². Quand les récepteurs constituent-ils un public et peuvent-ils être pris en compte ensemble ? Dans le cas de clients d'un hôtel qui se trouvent respectivement dans leur chambre, ceux-ci forment un tout²²³³ et constituent un public. Au contraire, dès lors que l'on télécharge de manière individuelle d'un *site web*, il n'y a pas forcément de public²²³⁴. De manière paradoxale, les patients d'un médecin présents dans une salle d'attente ne constituent pas un public. La référence à un grand nombre de personnes est assurément un critère à abandonner. Cependant, il est clair qu'une définition du public ne permettra pas forcément de couvrir tous les cas d'utilisation d'une œuvre, surtout si elles sont utilisées dans le cadre d'un *Cloud*. C'est précisément pourquoi la référence au caractère lucratif a été envisagée : on a voulu inclure dans le champ d'application du monopole des actes

²²²⁹ Voir en ce sens, M. VIVANT, *Analyse critique et prospective*, in : *La transposition de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information en France*, IRPI-Max Planck Institute : PI. 2005, n°15, p. 146, spéc. n°11.

²²³⁰ M. VIVANT/J.-M. BRUGUIERE, p. 486.

²²³¹ CJCE, 7 déc. 2006, aff. C-306/05, *SGAE c/ Rafael Hoteles SA*, JCP E 2008.

²²³² T. DREIER, M. LEISTNER, *Urheberrecht im internet : die Forschungsherausforderungen* : GRUR 2013, 881 (887).

²²³³ CJUE, arrêt *SGAE c/ Rafael Hoteles* : GRUR 2007, 225, n° 37 ff.

²²³⁴ BGH : GRUR 2010, 1004 Rn. 32 ff. – *Autobahnmaut*.

d'utilisation des œuvres dont le sentiment de justice incite fortement à faire relever du monopole, mais qui, faute de public, ne relèvent pas du monopole d'exploitation.

Aussi bien la consultation publique sur la révision des règles de droit d'auteur par la Commission européenne²²³⁵ que les réponses apportées à cette consultation public²²³⁶, ne soulèvent la problématique liée aux contours de la notion de public, alors même que les deux rapports de 2013 et de 2014, rédigés par des avocats et chercheurs spécialisés en droit d'auteur avaient attirés l'attention sur cette difficulté, déjà évoquée dans les développements de la thèse. On peut également souligner que le rapport *Reda* n'envisage pas non plus les difficultés liées au contenu divergeant des droits. La politique ne semble donc véritablement tenir compte des études réalisées par les spécialistes du droit d'auteur.

2- Application du droit de communication au public aux hyperliens ?

La qualification juridique de l'acte consistant à poser un lien envers une œuvre protégée par le droit d'auteur suscite de très nombreuses controverses. Bien que la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que les tribunaux et cours nationales se soient déjà prononcés à ce sujet, les décisions rendues, plutôt que d'apporter des réponses, suscitent au contraire de nouvelles questions. Cette même diversité de points de vue quant à la qualification juridique de cet acte se retrouve dans les réponses apportées à la consultation de la Commission européenne. Le législateur doit-il intervenir au sujet de la qualification juridique des hyperliens ?

Rédigé après l'arrêt *Svensson* en date de février 2014, le rapport publié en juillet 2014 synthétise les réponses apportées au questionnaire de la Commission européenne. La question 11 (formulée en décembre 2013) demandait si « la pose d'un hyperlien, d'une manière générale ou dans certains cas nécessite l'autorisation de l'auteur²²³⁷ ». Les développements suivant sont consacrés à une analyse des réponses apportées à ce questionnaire.

Tout d'abord, la question semble volontairement avoir été formulée de manière large, si bien qu'à considérer que la pose d'un hyperlien ne nécessite pas l'autorisation de l'auteur, deux conclusions peuvent en être déduites : soit on considère que la pose d'un lien relève d'une exception, soit on considère que la pose d'un lien ne relève nullement du droit d'auteur. Comme le souligne aussi le rapport *Reda*, il se trouve qu'une « grande majorité des utilisateurs finaux/consommateurs [...], la grande majorité des utilisateurs institutionnels [...], la plupart des fournisseurs de services [...] considèrent que les hyperliens à une œuvre ou autre objet protégé ne devrait pas être soumis à l'autorisation d'un titulaire de droits »²²³⁸. Pour la

²²³⁵ *Public consultation on the review of the EU Copyright rules*, décembre 2013, téléchargeable sur http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_fr.htm (vu le 7 juin 2016)

²²³⁶ *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, téléchargeable sur http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf

²²³⁷ Traduction de l'anglais : « Should the provision of a hyperlink leading to a work or other subject matter protected under copyright, either in general or under specific circumstances, be subject to the authorisation of the rightholder ? ».

²²³⁸ Pour plus de précisions, voir le « Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules », juillet 2014, p. 16-20.

députée pirate, il est clair que la pose d'un hyperlien ne permet de faciliter que l'accès à une œuvre : la pose d'un lien ne relève donc pas du champ d'application du droit d'auteur. L'argument est connu : « la liberté de lier est fondée sur l'esprit du *web* »²²³⁹, et par définition, le contenu est publiquement disponible. Ainsi Mme Reda explique que « quiconque fait un lien vers un site *web* n'a aucun contrôle sur le contenu à l'autre extrémité. On ne peut donc pas exiger le respect d'un droit d'autorisation ou suggérer une responsabilité associée à un hyperlien »²²⁴⁰. Sans surprise, la députée, tout comme les intermédiaires techniques²²⁴¹, reconnaissent une liberté absolue de lier les contenus, même ceux protégés par le droit d'auteur.

Cependant, comme le suggère déjà les travaux menés au début des années 2000 du Forum des droits sur l'*internet*, et comme le rappelle le rapport du CSPLA à juste titre, l'interprétation des tenants d'une liberté sans restriction est excessive, « parce qu'elle ne tient pas compte de ce que certains types de liens ne permettent pas seulement de naviguer de site en site ; ils donnent aussi la possibilité de *s'approprier* la création et le travail d'autrui »²²⁴². C'est là, toute la difficulté liée à la qualification juridique de la pose d'un hyperlien. Dans certains cas, l'autorisation de l'auteur semble donc bien requise. Mais à quel titre ? Au titre de exploitation d'une œuvre. La réponse proposée par cette thèse consiste à déterminer si le fait de poser un lien constitue une exploitation. Le rapport du CSPLA fait part de la même idée mais propose une formulation différente : « l'opération de référencement ne pourrait être assujettie au droit d'auteur que dans la mesure, où elle réalise *un usage de l'œuvre* conforme à l'essence de la protection. Si tel n'est pas le cas, la reprise de l'œuvre, même si elle s'opère bien techniquement ne pourrait faire l'objet d'un droit exclusif ». « Ce qui déclenche l'application d'un droit exclusif est un acte d'exploitation »²²⁴³, ou suivant la terminologie du CSPLA, un « usage » de l'œuvre. Comment caractériser une exploitation ? Les développements précédents ont permis de dégager deux critères pouvant être cumulatifs, et permettant de caractériser une exploitation. Le premier critère dégagé est celui du caractère lucratif : il y a exploitation de l'œuvre lors de la pose d'un hyperlien, dès lors que ce lien permet de « capturer » la valeur de l'œuvre protégée. Le deuxième critère dégagé est celui du caractère public : il y a exploitation de l'œuvre dès lors qu'il y a atteinte d'un nouveau public. Dans ces deux cas, l'autorisation de l'auteur est requise pour la pose d'un hyperlien. Le critère suivant lequel une autorisation de l'auteur est requise n'est donc pas une distinction selon la technique. Il ne s'agit pas de distinguer les liens de surface, des liens profonds, mais plutôt suivant les critères caractérisant une exploitation. En ce sens, on peut critiquer le point de vue exprimé par les utilisateurs, en ce qui concerne les réponses apportées au questionnaire de la Commission. Néanmoins, il est vrai que, comme le suggère les auteurs, l'exploitation d'une œuvre a plus de chance d'être caractérisée dans le cadre de l'utilisation de liens profonds et dans le cadre du *framing* que lors de l'utilisation d'un lien simple. Les caractéristiques techniques ne jouent ici que le rôle d'un indice.

²²³⁹ Voir le rapport du Forum de droits sur *internet* « Hyperliens : statut juridique », 3 mars 2003 : <http://www.forumInternet.org/specialistes/concertation/recommandations/recommandation-du-forum-des-droits-sur-l-internet-hyperliens-statut-juridique.html>; voir aussi le rapport du CSPLA, « le référencement des œuvres sur *internet* », du 9 juillet 2012, p. 13 et s.

²²⁴⁰ « Autoriser les hyperliens », p. 14, voir <https://juliareda.eu/le-rapport-reda-explique/>, téléchargé le 12 avril 2016.

²²⁴¹ « Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules », juillet 2014, p. 16-20.

²²⁴² Rapport du CSPLA, « le référencement des œuvres sur *internet* », du 9 juillet 2012, p. 13.

²²⁴³ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, coll. « Droit@Litec », 1998, p. 130, n°257.

Il ne fait donc pas de doute, que la pose de certains liens relève du droit d'auteur. Il ne peut donc être demandé par les utilisateurs institutionnels à la Commission de clarifier si les hyperliens ne relèvent pas du droit d'auteur. *A contrario*, on ne peut pas non plus considérer que la pose d'un lien constitue systématiquement une communication au public, dès lors que le lien fait référence à une œuvre protégée²²⁴⁴. Il faut à chaque fois vérifier si l'on est en présence d'un public nouveau ou s'il y a une utilisation commerciale. C'est donc au cas par cas qu'il s'agit d'analyser la situation. Néanmoins, il n'est pas toujours aisé de caractériser une exploitation. En effet, dans le dernier état de la jurisprudence européenne, il semble que la condition de public nouveau qui justifiait une communication au public ne soit plus requise de manière systématique. Par ailleurs, le critère de caractère lucratif qui aurait pu, le cas échéant, aider à faire le départ entre le référencement presté à titre onéreux et le référencement désintéressé n'apparaît pas non plus déterminant pour justifier des solutions spécifiques. La qualification de la pose d'un hyperlien, comme relevant d'un droit exclusif, n'est pas évidente. Il apparaît assez clair, que la pose d'un hyperlien ne constitue pas un droit de reproduction. La qualification de communication n'est, elle-aussi, plus trop facile. Par conséquent, la pose d'un hyperlien semble ne pas relever du champ d'application du droit d'auteur.

Peut-on valablement considérer que le fait de poser un lien vers un contenu illégal exonère le poseur de lien de toute responsabilité ? N'est-il pas co-auteur d'une contrefaçon ? C'est sûrement, dans l'optique de n'autoriser la pose d'un hyperlien que dans le cas d'un lien vers une œuvre licite, que certains auteurs ont proposé la création d'une exception pour les hyperliens, par analogie à l'exception de copie privée. On peut réfléchir à une exception des hyperliens pour un usage privé d'un contenu légal à des fins non commerciales, à l'image de l'exception pour copie privée.

La pose d'un lien est possible, mais uniquement vers un contenu licite, une précision faisant l'objet de la rédaction d'une exception. Se pose ensuite la question de la nature de cette exception : soit il s'agit d'une véritable exception au droit de communication au public, soit l'exception — à l'image de l'exception pour les représentations dans un cercle de famille — ne fait que délimiter le droit de communication au public.

Il semble néanmoins insatisfaisant de traiter de manière différente les services de référencement selon qu'ils pointent vers des sites licites ou illicites : la nature de la communication au public ne saurait dépendre du statut de l'œuvre communiquée. Qui peut prouver le fait de la légalité des œuvres ?

Par conséquent, l'intervention du législateur visant à mettre en place une exception en faveur des hyperliens n'est pas nécessaire, et la formulation en sera vite dépassée. Il vaut mieux préciser et clarifier les contours d'une exploitation.

§2- Autre limitation de l'étendue des droits

On vient de voir qu'il n'est pas simple de distinguer un acte d'utilisation des œuvres à destination d'un public et donc relevant d'un droit exclusif, d'un acte d'utilisation d'une œuvre à titre privé, ne relevant donc pas du monopole, mais faisant l'objet d'une exception. L'absence ou la présence d'un public conditionne la qualification juridique d'un acte

²²⁴⁴ Collective management organisations (CMO).

d'utilisation d'une œuvre. Comment distinguer le caractère public du caractère privé d'une exploitation ? Qu'est-ce qu'une exploitation à caractère public ? Dès lors qu'un jeune télécharge une œuvre protégée sur son blog *online* à des fins non lucratives, peut-on véritablement considérer qu'il y a exploitation de l'œuvre et *a fortiori* contrefaçon, dès lors qu'il y a absence d'autorisation par l'auteur ? Ne peut-on pas considérer que le caractère public d'une exploitation revient à poursuite des fins lucratives ?

Ne peut-on pas remplacer la distinction public/privée, par une distinction fins lucratives/fins non lucratives ? Deux arguments peuvent être évoqués, en faveur de cette dernière proposition. *Premièrement*, l'exclusion de l'utilisation à des fins non lucratives du monopole d'exploitation s'explique par une impossibilité de contrôler les utilisations des œuvres réalisées à des fins non lucratives, du fait de la croissance exponentielle du nombre d'œuvres protégées et du nombre d'utilisateurs de *l'internet*. *Deuxièmement*, cette incapacité pratique de contrôler les utilisations non lucratives est à rapprocher des utilisations d'œuvres à titre privé. En effet, ce schéma est connu. L'utilisation d'une œuvre à des fins privées a déjà été exclue pour les mêmes raisons liées à une incapacité de contrôle des utilisations dans le cadre du droit de reproduction, par le biais de la copie privée. C'est pourquoi, on peut rapprocher l'utilisation effectuée à des fins privées d'une utilisation réalisée à des fins non lucratives.

Une exploitation à des fins non lucratives relève-t-elle alors du monopole du droit d'auteur ou pas ? Soit, on considère qu'une exploitation à des fins non lucratives relève du monopole mais est exclue du monopole par le biais d'une exception en contrepartie d'une rémunération de l'auteur par analogie avec l'exception de copie privée. On ne peut alors affirmer que l'exception est appliquée en défaveur de l'auteur (contrairement à M. Malka et en accord avec Mme Reda).

Certains ont transposé ce raisonnement à la qualification juridique des hyperliens. Ne poursuivant *a priori* pas de but lucratif, les hyperliens devraient faire l'objet d'une exception au droit d'auteur. Par contre, si les hyperliens poursuivent un but lucratif, c'est-à-dire dès lors que le contenu est « approprié », alors ces hyperliens ne relèveraient pas de l'exception. Faut-il ou non reconnaître une exception concernant les hyperliens ?

En faveur d'une telle argumentation, il faut rappeler que l'activation d'un lien peut relever du droit de reproduction et que la création d'un lien peut constituer une communication au public. Devant la double qualification possible de l'hyperlien, la mise en place d'une exception aurait pour mérite de renforcer la sécurité juridique et la clarté de la loi pour les utilisateurs. Toute la question est de savoir, si le lien vers un contenu protégé ne permet qu'une potentielle communication au public, c'est-à-dire un simple accès à l'œuvre, puisque c'est bien la personne ayant mis le contenu *online* qui décide si ce contenu *online* est toujours encore visible sur *internet*, ou si le lien vers le contenu permet une communication à un public potentiel, c'est-à-dire l'application d'un droit de mise à disposition. Dans ce cas, l'hyperlien ne relève même pas du droit d'auteur. Puisque l'hyperlien entraîne forcément des reproductions techniques et provisoires, l'activation du lien, intéresse le droit d'auteur.

Les projets d'amélioration de la loi pouvant soutenir une qualification juridique plus favorable aux intérêts des utilisateurs ne s'expriment pas clairement sur le fait si l'hyperlien doit faire partie d'une exception ou si l'hyperlien doit être exclu du monopole de droit d'auteur.

Exemples de projets concernant l'hyperlien : Le rapport *Reda* est favorable à « l'autorisation des hyperliens ». Un doute subsiste quant à la signification d'une telle autorisation. Ce doute est dû à l'emploi d'une terminologie approximative et à un manque de

précision. On comprend bien que le rapport Reda, provenant d'un parti très branché « numérique », soutienne la possibilité de relier une ressource à une autre, puisque la pose d'un lien constitue la base de la construction de l'*internet*. Comme le souligne aussi le rapport de juillet 2014, « la grande majorité des utilisateurs finaux/consommateurs [...] la plupart des fournisseurs de services [...] considèrent que les hyperliens à une œuvre ou autre objet protégé ne devrait pas être soumis à l'autorisation d'un titulaire de droits ». Cela signifie-t-il que les hyperliens relèvent des exceptions ou ne constituent qu'un accès à une œuvre protégée, et se trouve alors en dehors du champ d'application du droit d'auteur ? Le même rapport de juillet 2014 recommande de préciser que le référencement des œuvres au moyen d'un lien hypertexte n'est pas soumis à des droits exclusifs. Cela signifie-t-il que les hyperliens ne sont pas soumis au monopole ou relève du monopole mais sont englobés par les exceptions ? Au sens strict, le référencement des œuvres ne relèverait donc pas du droit d'auteur. Or, considérer de façon générale que le « référencement des œuvres » ne relève pas du monopole ne fait pas de sens. Encore faut-il clarifier ce que l'on entend par « un référencement des œuvres ». Dès lors que le référencement permet de s'approprier une œuvre, de s'approprier une richesse, dès lors qu'il est réalisé à l'égard d'œuvres illicites, on ne peut raisonnablement considérer qu'il n'intéresse pas le droit d'auteur. De toute évidence, les recommandations du rapport de la Commission ne sont pas assez précises. Il faut donc préciser, la qualité des référencements. Considérer que « par définition, le contenu que l'on peut cibler est publiquement disponible » ne décrit pas la réalité. D'une part, un contenu peut très bien être lié avec l'autorisation de l'auteur. Les œuvres orphelines, dans le domaine public, ou relevant d'une exception de droit d'auteur sont effectivement publiquement disponibles. Mais on peut très bien lier du contenu protégé avec l'accord des ayants droits. Autrement dit, le rapport Reda considère bien comme possible les seuls liens vers des œuvres légales « publiquement disponibles » et non vers des œuvres illégales. Par conséquent, on ne peut considérer de manière générale, que le référencement n'est pas soumis aux droits exclusifs. Finalement, il semble bien que Mme Reda considère la pose d'un lien comme un accès à une œuvre. Cet accès ne constitue cependant plus un simple accès, si le lien permet véritablement d'exploiter une œuvre accessible exclusivement dans un *cloud*.

Il ne fait pas de doute que l'art. 2 de l'art. 4.3 du projet *Wittem* fait allusion à l'épuisement du droit de distribution, sans toutefois employer explicitement la terminologie de l'épuisement (en anglais : *exhaustion*). La seule référence explicite à cette notion est réalisée par la note de bas-de-page n°44, prévue elle aussi, dans le projet *Wittem*.

Art. 4.3 – Right of distribution

[...]

(2) The right of distribution does not apply to the distribution of the original or any copy that has been put on the market by the holder of the copyright or with his consent (44).

(44) : This rule of exhaustion has to be interpreted coherently with the same concept in the law of industrial property.

La lecture de l'art. 4.3 permet de formuler plusieurs remarques. Premièrement, une lecture littérale de cet article ne permet pas de caractériser le « marché » (en anglais : *market*) sur lequel les œuvres ont été distribuées. Rien ne permet de déduire de la formulation de l'art. 4§2 du projet *Wittem*, que l'épuisement est limité au marché de l'Union européenne. Par conséquent, peut-on considérer que le projet *Wittem* est favorable à l'épuisement des droits international, c'est-à-dire une fois qu'une œuvre a fait l'objet d'une distribution dans

n'importe quel pays du monde ? Une telle interprétation littérale serait contraire à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²²⁴⁵, soutenant un épuisement européen seulement. Une note de bas de page prévoit cependant que la « règle de l'épuisement doit être interprétée de façon à présenter une certaine cohérence avec le concept de l'épuisement appliqué dans le monde de la propriété industrielle ». Par analogie au droit de la propriété industrielle, l'épuisement du droit de distribution se limite à une mise en circulation de l'œuvre dans l'Union européenne. Par conséquent, si l'épuisement international est reconnu en droit de la propriété industrielle, il en sera alors de même en droit d'auteur.

Une autre remarque peut-être formulée quant à l'étendue de l'épuisement. L'épuisement du droit de distribution s'applique-t-il aussi à la mise en circulation d'une œuvre incorporelle ? La terminologie de « copie » (en anglais : *copy*) ne permet pas de trancher cette question, puisqu'intrinsèquement, elle ne laisse pas transparaître de « corporalité ». On en déduit que le projet *Witem* refuse de prendre position sur l'étendue de l'épuisement d'un droit. Selon Mme Ginsburg, ni la convention de Berne, ni les accords ADPIC viendraient limiter l'application du droit de distribution à des seules œuvres incorporées dans un support physique. Par conséquent, les textes internationaux ne semblent pas faire obstacle à une portée plus large de l'épuisement du droit de distribution.

Rien ne fait donc obstacle à une application très générale de l'arrêt *usedSoft*. On peut donc très bien soutenir l'interprétation selon laquelle, la portée de l'épuisement prévu à l'art. 4 al. 2 de la directive sur les programmes d'ordinateur, tout comme de la directive *InfoSoc* s'applique aussi vis-à-vis d'œuvres incorporées dans des supports incorporels. La question est alors de savoir, si la portée de l'épuisement est laissée à la discrétion du juge, ou si le législateur doit intervenir afin d'apporter une certaine sécurité juridique²²⁴⁶. Selon M. Malevanny²²⁴⁷, l'intervention du législateur européen est indispensable. En tenant compte de la jurisprudence *usedSoft*, qui reconnaît l'épuisement des droits, il faudrait préciser à l'art. 4 de la directive *InfoSoc* (et pas aussi à l'art. 4 de la directive sur les programmes d'ordinateur ?) que l'épuisement des droits concerne aussi des œuvres sous forme incorporelles. Reconnaître l'épuisement des droits au niveau européen représente des avantages et des inconvénients. L'inconvénient majeur consiste dans le fait que l'on ne peut plus reconnaître le droit de communication au public *online*. Comment distinguer le fait de distribuer une œuvre *online* et le fait de communiquer une œuvre au public ? Si l'on prône un élargissement de la portée de l'épuisement des droits, alors la *summa divisio* est véritablement remise en cause dans un monde numérique. Il faudra alors créer un droit unique applicable dans un monde numérique. Si au contraire on ne reconnaît pas une portée large à l'épuisement du droit de distribution, alors la *summa divisio* peut être maintenue, mais ne correspond plus à la jurisprudence telle que mise en place par la Cour de justice de l'Union européenne. Que faire alors ? Conserver le *statu quo* ou introduire un nouveau droit pour le monde numérique, avec pour effet de remettre en cause la neutralité technique du droit d'auteur. Cette dernière solution me paraît souhaitable dans le monde numérique.

²²⁴⁵ Voir par exemple l'arrêt *Silhouette International Schmied GmbH v. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, ECJ Case C-355/96 (16 July 1998).

²²⁴⁶ M. GANZHORN, *Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter*, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, Frankfurt am Main, 2015, p. 279.

²²⁴⁷ N. MALEVANNY : CR 2013, p. 423 (427).

Section 2- Proposition de révision de la loi sur le plan national

Certaines propositions de révision devraient spécialement être envisagées pour la loi allemande (§1) et pour la loi française (§2).

§1- Proposition d'amélioration de la loi allemande

D'une part, il s'agit bien sûr de transposer au niveau national les propositions d'amélioration envisagées à l'échelle européenne (A). D'autre part, des adaptations spécifiques de la loi nationale sont nécessaires (B).

A- Transposer les propositions d'amélioration proposées au niveau européen

La *summa divisio* étant maintenue, les améliorations s'envisagent pour le droit de reproduction (1) et pour le droit de communication au public (2).

1- Amélioration de la formulation du droit de reproduction

La formulation de l'article concernant le droit de reproduction a fait l'objet d'un certain nombre d'hésitations. Contrairement au projet initial de rédaction, le principe selon lequel, même dans un monde numérique, la simple jouissance réceptive d'une œuvre doit rester libre n'est pas explicitement mentionné par la rédaction de cet article. Ohly présente l'amélioration suivent de la loi allemande :

« *Die Schranke für vorübergehende Vervielfältigung sollte auf EU-Ebene in den Tatbestand des Vervielfältigungsrechts integriert werden. Dabei sollte die Beschränkung auf rechtmäßige Nutzungen gestrichen werden* »²²⁴⁸.

2- Amélioration de la loi allemande liée au droit de communication au public

L'art. 15 al. 2 de la loi allemande sur le droit d'auteur est conçu comme une clause générale. Néanmoins, les droits de télédiffusion de point à multipoint (§ 20 UrhG) et le droit de mise à disposition (§ 19a UrhG) sont énumérés comme des droits distincts à part entière. Comme le montre les développements précédents et de manière symptomatique l'affaire *internet-Video Recorder*, la distinction entre ces deux droits est difficilement réalisable en pratique²²⁴⁹. La difficile application des exceptions, liée à l'un ou à l'autre droit, constitue une

²²⁴⁸ A. OHLY, *Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag*, p. 62.

²²⁴⁹ Th. DREIER/M. LEISTNER, *Urheberrecht im internet : die Forschungsherausforderungen* : GRUR 2013, 881 s.

des difficultés d'appliquer la distinction entre le art. 20 UrhG et le art. 19a UrhG. Par ailleurs, on a vu que la dimension publique de la communication peut, à s'y méprendre, être remise en cause à partir du moment où l'internaute-consommateur télécharge individuellement de manière descendante une œuvre présente sur un site *web* et *a fortiori* une œuvre disponible dans un *cloud*, réservée à une certaine catégorie de personnes. De plus, la loi nationale allemande est également confrontée à la problématique européenne de la qualification des actes d'utilisation des œuvres recourant à la technique des hyperliens.

Par conséquent, trois besoins de réglementation en découlent.

Premièrement, il faut adapter les différentes formes de « communication au public » à la réalité²²⁵⁰.

Deuxièmement, il faut bien constater qu'une réglementation par le législateur européen de la notion de communication au public est indispensable en raison de la jurisprudence encore incertaine et pour partie contradictoire de la Cour de justice de l'Union européenne. Or, de toute évidente, un texte européen législatif est le fruit d'un compromis entre 27 Etats membres, si bien qu'il serait bien surprenant s'il ne fallait pas transposer ce droit européen au droit allemand. Une réglementation européenne entraîne nécessairement un ajustement sur le plan national. Et la notion de public, telle qu'elle est définie sur le plan européen, est distincte de la notion de public en droit allemand.

Troisièmement, certains auteurs partagent l'avis selon lequel la qualification juridique du *framing* et du *linking* ne devrait pas relever de la jurisprudence et nécessite donc une intervention du législateur européen. Si tel est le cas, une adaptation du droit allemand sera à nouveau sollicitée. Le législateur européen, n'a pas encore proposé une définition de la communication ou du public ni même envisagé des solutions concrètes facilitant la qualification juridique d'un hyperlien. C'est le premier besoin de réglementation qui va nous occuper ici.

En raison de la convergence des médias, la distinction entre un droit de mise à disposition et un droit de télédiffusion de point à multipoint ne fait plus de sens. C'est pourquoi, comme cela semble avoir été envisagé par la directive *InfoSoc*, le droit de communication au public, doit être envisagé de façon large, et synthétique. Les droits de mise à disposition et de télédiffusion de point à multipoint ne doivent être envisagés qu'à titre d'exemple, sans constituer des droits devant nécessairement être distingués. Finalement, le droit français proposant la prérogative synthétique du droit de représentation pourrait inspirer les rédacteurs de la loi allemande, alors même que le public n'est cependant pas défini en droit français. Suivant cette approche générale du droit de communication au public, la formulation proposée dans le cadre de la journée des juristes allemands est la suivante :

« *Das Recht der öffentlichen Wiedergabe sollte generalklauselartig und mit einem Beispielskatalog ausgestaltet werden, in den die jetzigen §§ 19–22 UrhG Eingang finden. Schranken- und Zwangslizenzregelungen, die nur an eine bestimmte Form der öffentlichen Wiedergabe anknüpfen, bedürfen der Überprüfung*²²⁵¹ ».

La deuxième partie de la phrase ajoutée dans le cadre des débats souligne qu'une conception différente du droit exclusif nécessite également la révision des exceptions, liées à l'un ou l'autre des droits. Par ailleurs, l'expertise de M. Ohly souligne qu'un certain nombre de pays connaissant également un système de gestion collective des droits ne rencontre pas de difficultés particulières dues à une conception générale de la notion de communication. N'est ce pas ici une conclusion un peu hâtive ? Ne peut-on pas considérer un système moins précis, comme étant moins concret ? Toujours est-il qu'il faut réaliser une balance des avantages et

²²⁵⁰ Voir ici l'arrêt *Die Realität*, n° 179.

²²⁵¹ A. OHLY, *Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag*, p. 62.

défauts d'un tel système. Même si une conception globale de la communication présente quelques inconvénients, ceux-ci sont moindres que les avantages obtenus par le biais d'une conception globale.

3- Amélioration de la loi allemande liée à la portée de l'épuisement du droit de distribution

Deux points de vue peuvent être soutenus : soit on considère que la portée de l'arrêt *usedSoft* est large, et qu'il y a donc épuisement des droits, alors même que l'objet de ces droits est une œuvre sous forme incorporelle. Soit on considère au contraire, que l'arrêt *usedSoft* est de portée très restrictive, et constitue un cas exceptionnel, si bien que de façon générale, certains soutiennent que l'épuisement ne concerne que les œuvres sous forme corporelle.

A suivre le premier point de vue, cela signifie que l'épuisement des droits selon l'art. 69c Nr. 3 S. 2 UrhG tout comme l'art. 17 al. 2 UrhG doit s'appliquer à des œuvres sous forme incorporelle, ce qui implique aussi à une modification de l'art. 4 al. 2 de la directive sur les programmes d'ordinateur et sur la directive *InfoSoc*. Alors que l'art. 69 c Nr. 3 S.2 UrhG reconnaît une application directe, l'art. 17 al. 2 UrhG doit être appliqué de manière analogue.

a- Proposition d'amélioration de l'art. 69c Nr. 3 S. 2 UrhG

Afin d'apporter une plus grande sécurité juridique, et d'adapter le droit allemand au droit européen, certains projets de réflexion menés par des juristes allemands ont proposé de remplacer la terminologie « d'exemplaire de reproduction » par le mot « copie de programme », une terminologie également employée à l'art. 4, al. 2 de la directive sur les programmes d'ordinateur²²⁵². Néanmoins, la notion de « copie de programme » ne traduit pas plus une référence à un élément corporel que la terminologie d'exemplaire de reproduction, si bien qu'une modification de la loi est inutile. Par ailleurs, la notion d'exemplaire d'une œuvre admet aussi la référence à un objet incorporel, puisqu'un exemplaire peut également constituer un objet incorporel. De plus, au vue de la réception des arrêts *usedSoft* par le *BGH* allemand, et au regard d'une interprétation nationale de la loi en conformité avec la directive, l'étendue de l'épuisement ne peut se limiter à n'être appliquée qu'à des œuvres incluses dans des objets corporels. Ce même point de vue est également partagé par quelques autres auteurs allemands²²⁵³.

b- Amélioration de l'art. 17 UrhG

Sur le plan européen, on a vu qu'une clarification des lois par rapport à une portée plus large de l'épuisement des droits est indispensable et nécessite simplement un complément de rédaction au niveau de l'art. 4 al. 1 de la directive *InfoSoc* et de l'art. 4 al. 2 de la directive sur

²²⁵² A. OHLY, *ibid.*, p. 54.

²²⁵³ Voir entre autres : Ph. KOEHLER, *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München 200, C.H. Beck, p. 179 ; I. HANTSCHHEL, *Softwarekauf und –weiterverkauf. Zur Vertragsnatur und Erschöpfungswirkung körperlicher und unkörperlicher Übertragungsformen von Software*, Berlin 2011, Duncker & Humblot, p. 335 ; Th. AMMANN, *Der Handel mit Second Hand-Software aus rechtlicher Sicht. Eine Betrachtung auf Grundlage des deutschen Rechts*, Oldenburg 2011, Edewecht, p. 242. Cet auteur pense, dass die Erschöpfung analog auf online übermittelte Inhalte Anwendung finden soll.

les programmes d'ordinateur. En droit allemand cependant, une clarification de l'art. 17 al. 1 et al. 2 UrhG ne suffit pas, puisque l'art. 15 al. 1 UrhG fait référence à ce paragraphe et parle d'une exploitation « sous forme corporelle ». Lors d'un colloque de juristes allemands à Hanover, la décision suivante fut prise :

« *Der Erschöpfungsgrundsatz sollte nur bei der Übergabe eines körperlichen Werkstücks eingreifen. Das Interesse der Verbraucher an freier Übertragbarkeit digitaler Inhalte ist berechtigt, sein Schutz ist aber Aufgabe des Schuldrechts* »²²⁵⁴.

B- Autres propositions pour le droit allemand : Pas de création d'un nouveau droit

On a souligné que le droit de « mise à disposition » au sens de l'art. 19a UrhG pourrait également englober un « acte de transmission ou de consultation »²²⁵⁵. La doctrine allemande est cependant partagée quant au fait de savoir, si cet acte constitue un droit exclusif supplémentaire à part entière, ou si cet acte est simplement englobé par la définition du droit de « mise à disposition » au sens de l'art. 19a UrhG. Une analyse des différents arguments à l'encontre ou en faveur de l'un ou de l'autre point de vue est nécessaire afin de déterminer si la création d'un nouveau droit est nécessaire.

Pour M. von Ungern-Sternberg, la portée de l'art. 19 a UrhG est limitée au « droit de mise à disposition » proprement dit, nécessitant ainsi la reconnaissance d'un droit supplémentaire de consultation ou de transmission²²⁵⁶. Plusieurs arguments sont invoqués en ce sens. Tout d'abord, une analyse grammaticale de l'art. 19 a UrhG ne permet pas de constater que le « droit de mise à disposition » englobe un acte de transmission ou de consultation. C'est ce qui ressort aussi de la traduction française de l'art. 19a UrhG mettant l'accent sur la « mise à disposition », alors que la traduction littérale souligne « le fait de rendre accessible » une œuvre. Il ne fait donc pas de doute que dans le but de protéger les intérêts de l'auteur « un acte de transmission/de consultation » doit être reconnu. Selon M. von Ungern-Sternberg, la reconnaissance d'un droit de transmission ou de consultation à l'auteur ou à l'ayant droit est nécessaire, puisqu'une œuvre protégée peut très bien être téléchargée et mise à disposition sur un site *web*, tout en étant consulté par le biais de la technique du *streaming* (dans le cas où la consultation des œuvres par le biais du *streaming* n'entraîne pas l'application du droit de reproduction) sans autorisation de l'ayant droit, par des consommateurs peu scrupuleux du droit d'auteur. La reconnaissance d'un droit de transmission ou de consultation, participe aux intérêts de l'auteur. Toujours selon M. von Ungern-Sternberg, une « mise à disposition », bien que ne constituant pas à proprement parlé une transmission et donc une « communication » au sens courant, est bien une « mise à disposition » envers un public potentiel. L'acte de transmission/ou de consultation au contraire, ne concerne qu'une communication individuelle, non publique.

Par ailleurs et il s'agit là d'un argument convainquant, le titulaire ou l'ayant droit d'un « droit de mise à disposition » au sens strict est souvent la personne morale ou physique qui a

²²⁵⁴ 70. *Deutscher Juristentag*, Hannover 2014, Abteilung Urheberrecht, Beschlüsse, p. 3.

²²⁵⁵ En allemand : *Abrufübertragungsakt*.

²²⁵⁶ En allemand : *Abrufübertragungsrecht*.

mis l'œuvre en ligne. Or, dans les développements consacrés au rôle accru des intermédiaires, on a constaté que ces derniers ne se limitent plus à un rôle purement technique, mais réalisent eux-mêmes les « transmissions » d'œuvres en question, bref amènent eux-mêmes les œuvres au public. La présence de deux acteurs différents, entraîne la reconnaissance de deux droits différents. A chaque droit son titulaire de droits ! Quelles sont les conséquences d'une telle approche ?

Tout d'abord, il faut constater que la reconnaissance d'un droit de transmission/consultation ne favorise pas les intérêts des auteurs, mais bien les intérêts des intermédiaires. Puisque le but du droit d'auteur est en premier lieu de protéger les créatifs, les opposants à la reconnaissance d'un droit de transmission/et de consultation argumentent dans le sens de la simple reconnaissance d'un acte de transmission et de consultation, non explicitement prévu au niveau de la rédaction de l'art. 19a UrhG. Si l'art. 19a UrhG est interprété de façon large, il inclut l'acte de transmission et de consultation. Dans le cas contraire, si l'acte de transmission ou de consultation ne relève pas de l'ayant droit, mais des intermédiaires techniques, le droit de mise à disposition est alors compris au sens strict. Une telle approche flexible et à géométrie variable du droit de « mise à disposition » ne satisfait pas à l'exigence de sécurité juridique.

Le fait de reconnaître un droit de transmission/consultation entraîne la reconnaissance d'une certaine responsabilité de la part du poseur de lien. En mettant à disposition l'œuvre protégée envers laquelle pointe le lien, il pourrait effectivement porter atteinte au droit de transmission/consultation. En effet, celui qui pose un lien ne « communique » pas à proprement parler l'œuvre au public, mais fait semblant de « communiquer cet œuvre au public ». Or le droit d'auteur sanctionne l'exploitation effective de l'œuvre, par le fait de faire semblant. Poser un lien ne reviendrait donc pas à porter atteinte à un droit inconnu, comme cela a été soutenu par la jurisprudence, mais porterait atteinte au droit de transmission/consultation. La reconnaissance d'un tel droit avantagerait aussi les défenseurs de la mise en place d'une exception en faveur de la pose d'un lien. Reconnaître un droit de transmission/consultation, permettrait de caractériser cette atteinte. Encore s'agit-il de savoir, si ce droit doit être classé parmi les droits de communication au public. Dans le cas de la reconnaissance d'un tel droit, il semblerait plus judicieux de distinguer le droit d'exploitation sous forme corporelle et le droit sous forme incorporelle.

Bien qu'intéressante, cette approche analytique des droits ne fait pas l'unanimité. Pour cause : le fait de poser un lien, sans but lucratif, sur une œuvre protégée licite et déjà accessible par un public, ne constitue pas une exploitation selon la notion développée dans cette thèse et ne devrait donc pas relever du droit d'auteur. Considérer que la pose d'un lien porte atteinte au droit de transmission/consultation et relève donc nécessairement du champ d'application du droit d'auteur (même dans le cas de l'application d'une exception), va à l'encontre de la thèse développée dans ce travail.

L'opinion majoritaire partage aussi l'avis selon lequel le droit de « mise à disposition » au sens de l'art. 19 a UrhG est constitué d'un droit à « double échelons », composé de la « mise à disposition » de l'œuvre en vue d'une consultation interactive, tout comme d'un « acte de transmission » proprement dit envers l'utilisateur²²⁵⁷.

²²⁵⁷ DREIER in : Dreier/Schulze, § 19a Rn.1; Th. HOEREN in : Loewenheim/Hoeren, § 21 Rn. 52, 63 ; GERLACH : ZUM, 1999, 278 (282) ; M. GEY, *Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG*,

En langue allemande, la terminologie employée est celle de « Zugänglichmachen » (c'est-à-dire littéralement, « le fait de rendre accessible ») qui au sens littérale englobe la « mise à disposition » d'une œuvre, tout comme la « transmission » de celle-ci à un utilisateur. Par conséquent, il semble que le droit prévu à l'art. 19 a UrhG ne soit pas uniquement à comprendre dans le sens restrictif d'une « mise à disposition ». Ne reconnaître qu'une seule composante à l'art. 19a UrhG ne permet pas de le classer parmi les droits de « communication au public », puisqu'une simple « mise à disposition » n'entraîne pas, *stricto sensu*, une transmission de l'œuvre au public. Classer l'art. 19 a UrhG parmi les droits de communication au public, conformément à l'art. 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur²²⁵⁸, revient au contraire à reconnaître un droit à deux échelons, composé d'une mise à disposition et d'une transmission envers l'utilisateur. Selon M. Koof, une telle compréhension de l'art. 19 a UrhG constitue une interprétation conforme aux textes internationaux²²⁵⁹ et à la directive *InfoSoc*. Bien que l'art. 3 de la directive *InfoSoc* ne précise pas explicitement, si le droit de mise à disposition constitue une composante du droit de communication au public, le considérant 25 de la directive *InfoSoc* dispose que « les titulaires de droits reconnus par la présente directive ont le droit exclusif de mettre à la disposition du public, des œuvres protégées par le droit d'auteur [...] par voie de *transmissions* interactives à la demande ». La formulation du considérant 25 semble plutôt trancher en faveur d'un droit de mise à disposition à deux échelons englobant les transmissions succédant à la mise à disposition au public proprement dite²²⁶⁰.

La terminologie « Zugänglichmachung » induit certes en erreur, mais elle est plus appropriée que la terminologie de « droit de transmission », dans la mesure où l'étape nécessaire et indispensable de « la mise à disposition » ne serait pas saisie par cette terminologie²²⁶¹. Par ailleurs, certains auteurs allemands²²⁶² soulignent que ce qui caractérise les droits d'exploitation sous forme incorporelle au sens de l'art. 15 Abs. 2 UrhG est précisément le fait de rendre une œuvre directement perceptible envers l'utilisateur. Or une simple « mise à disposition » ne permet pas à l'utilisateur ou au consommateur de l'œuvre de percevoir cette dernière. Une consultation de l'œuvre²²⁶³ ou une transmission de celle-ci est nécessaire. Limiter le droit de l'art. 19a UrhG à un droit de « mise à disposition » entraînerait une différence avec les autres droits de communication au public, énumérés par le droit allemand : ces derniers permettent une perception immédiate de l'œuvre²²⁶⁴. Par conséquent,

Stuttgart 2009, p. 73 ff. ; M. METZNER, *Online-Übermittlung*, Baden-Baden 2010, p. 181 f., 121 ; ST. OTT : ZUM 2008, 556 (558) ; H. SCHACK : GRUR 2007, 639 (640 f.).

²²⁵⁸ Art. 8 WCT, « Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs oeuvres [...] y compris la mise à disposition [...] »

²²⁵⁹ Voir aussi art. 10 WPPT, « Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement », et art. 14 WPPT, « Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs phonogrammes de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

²²⁶⁰ Voir en ce sens aussi : M. GEY, *Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG*, p. 67 f. ; J. v. UNGERN-STERNBERG in : Schricker/Loewenheim, 4. A. § 19a Rn. 26 ff.

²²⁶¹ W. BULLINGER in : Wandkte/Bullinger, § 19a Rn.3.

²²⁶² A. MALCHER, *Personalisierte Webradios - Sendung oder Abruf: Die urheberrechtliche Einordnung internetbasierter Musikdienste am Beispiel personalisierter Webradios*, 2011, p. 69.

²²⁶³ En allemand : *Abruf*.

²²⁶⁴ A. MALCHER, *ibid.*, S.69 f.

M. Malcher soutient que la limitation de l'art. 19a UrhG à la seule signification de la « mise à disposition » serait contraire à la structure des droits²²⁶⁵ tel que prévu à l'art. 15 Abs. 2 UrhG.

La reconnaissance d'un droit de « mise à disposition » à deux échelons ne permettant pas de reconnaître un droit de consultation/transmission à part entière, est confortée par une mise en parallèle avec le droit de distribution de l'art. 17 UrhG. En effet, les développements de la première partie de la thèse ont permis de montrer que le droit de distribution est composé d'une offre à un public²²⁶⁶, et d'une mise en circulation²²⁶⁷ lui succédant²²⁶⁸. Selon M. von Ungern-Sternberg, un tel parallèle ne peut être fait, puisque la lettre de l'art. 19a UrhG ne permet pas de déduire l'existence explicite d'un droit de consultation/de transmission, contrairement à la lettre de l'art. 17 UrhG évoquant explicitement la « mise en circulation »²²⁶⁹. Le même auteur se voit confirmé dans ses observations dans la mesure où d'autres auteurs soulignent bien que le droit de consultation/de transmission n'est pas explicitement mentionné²²⁷⁰ à l'art. 19 UrhG. Néanmoins, d'autres droits ne mentionnant pas explicitement deux composantes, existent bien sous une forme « bipartite »²²⁷¹.

Un autre argument à l'encontre de la reconnaissance d'un droit de consultation/transmission à part entière est une interprétation téléologique de l'art. 19a UrhG. Avec la création d'un droit explicite de mise à disposition dans la loi sur le droit d'auteur allemand, on voulait obtenir une plus grande protection de l'auteur. Il n'aurait pas été possible de garantir une telle protection, si seul le droit de mise à disposition avait été englobé par le droit exclusif. En effet, comme le soulignent certains auteurs allemands, c'est bien la transmission de contenu envers un utilisateur qui constitue la raison d'être de l'exploitation *online*²²⁷². La mise à disposition d'une œuvre ne fait que préparer la transmission d'une œuvre. La portée large de l'art. 19a UrhG permet de protéger les intérêts de l'auteur. Le droit exclusif de l'auteur doit par exemple également couvrir des cas concrets dans lesquels la mise à disposition de l'œuvre s'est tenue dans un pays étranger, alors que les œuvres protégées ont été transmises et consultées en Allemagne²²⁷³. Il est donc clair, que l'acte de « transmission ou de consultation » doit relever du droit exclusif. Dans le cas contraire, le risque serait que les transmetteurs de contenu consulté en Allemagne se réfugient dans des « oasis juridiques » évitant toute responsabilité.

²²⁶⁵ A. MALCHER emploie la terminologie de « systemwidrig », c'est-à-dire contraire au système des droits.

²²⁶⁶ En allemand : *das Anbieten*.

²²⁶⁷ En allemand : *das Inverkehrbringen*.

²²⁶⁸ Voir à ce sujet, F. KOCH : GRUR 2010, 574, 576 f.

²²⁶⁹ J. v. UNGERN-STERNBERG, *Senderecht und Recht an der öffentlichen Zugänglichmachung – Verwertungsrechte in einer sich wandelnden Medienwelt*, in : K.Stern, K.-N. Peifer, K.-E. Hain [éds.], *Werkvermittlung und Rechtmanagement im Zeitalter von Google und Youtube – urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt*, Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, vom 18 juni 2010, München 2011, C. H. Beck.

²²⁷⁰ Voir en ce sens Th. DREIER in : Dreier/Schulze, § 19a UrhG, n° 6. DREIER considère néanmoins, que le droit prévu à l'article 19a UrhG est constitué de deux échelons.

²²⁷¹ A. MALCHER, *Personalisierte Webradios - Sendung oder Abruf: Die urheberrechtliche Einordnung internetbasierter Musikdienste am Beispiel personalisierter Webradios*, 2011, p. 69 f.

²²⁷² J. v. UNGERN-STERNBERG in : Schricker/Loewenheim, § 19a Rn.27 ; M. GEY, *Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG*, Suttgart p. 60 ; MALCHER, *ibid.*, p. 71.

²²⁷³ J. v. UNGERN-STERNBERG, in : A. Zecher : ZUM 2002, 451 (454).

Reste à savoir, si cet acte doit constituer un droit à part entière ou être intégré au droit de « mise à disposition » voir même au droit de communication au public. Comment concilier, un nombre de plus en plus grand d'intervenants, ne se limitant pas à une intervention technique et une formulation large des droits ? Il est vrai que le fait de reconnaître un droit exclusif de « transmission et de consultation » permet de caractériser de façon précise l'atteinte éventuelle causée par les intermédiaires qui ne réalisent plus seulement un travail technique, mais transmettent une œuvre à un utilisateur par le biais de programmes individualisés etc. La dissociation d'identité entre la personne mettant une œuvre à disposition ou en ligne sur un site *internet*, et la transmission de cette œuvre par un intermédiaire conduit à segmenter les droits, afin de tenir compte d'une réalité nouvelle. Que faire, si un troisième, un quatrième, un cinquième acteur interviennent, en raison de l'évolution des technologies dans la chaîne des actes ? Faut-il alors créer à chaque fois un troisième, un quatrième et un cinquième droit ? Cela revient à créer un droit pour chaque utilisation d'une œuvre, par une « personne » différente, ayant des intérêts différents.

La thèse soutenue dans ce travail consiste au contraire à rechercher une formulation synthétique des droits, plutôt qu'une approche analytique. La proposition est donc la suivante : il y a atteinte au droit de communication au public, dès lors que le « transmetteur » de contenu a contribué à communiquer une œuvre au public en permettant sa consultation depuis l'Allemagne. Dès lors que l'autorisation de l'auteur n'a pas été requise dans le but de contribuer à la communication au public de l'œuvre protégée et en dehors de l'application de toute exception, l'acte de transmission porte atteinte au droit de communication au public. Par conséquent, la création d'un nouveau droit de consultation/transmission est inutile.

§2- Remise en cause du droit de destination en France ?

Mme Dusollier souligne en 2007 dans sa thèse que « le droit de destination est sans aucun doute, dans l'arsenal des droits dont dispose l'auteur, celui qui serait susceptible de fonder un large pouvoir de contrôle de l'utilisation de l'œuvre »²²⁷⁴. Comme souligné dans les développements précédents, le droit de destination tel qu'il est prévu en France accorde à l'auteur la possibilité de soumettre les exemplaires de son œuvre à des conditions précises d'utilisation. Le droit de destination englobe donc dans l'orbite du monopole de l'auteur, la maîtrise de tout acte d'utilisation de l'œuvre et justifie ainsi l'emploi de mesures techniques²²⁷⁵ pour contrôler les exemplaires de l'œuvre de manière absolue. Ainsi, l'usage des exemplaires d'une œuvre au-delà de la destination spécifiée par l'auteur, viole l'autorisation de reproduction accordée par l'auteur. La prérogative du droit de destination permettant le contrôle de l'usage des exemplaires, et non plus uniquement de l'œuvre immatérielle, constitue, dans cette perspective, un « prolongement du principe d'exclusivité de l'auteur »²²⁷⁶. Il s'agit d'un prolongement du principe d'exclusivité sur l'utilisation d'une œuvre et non sur l'exploitation de celle-ci.

Or qu'est-ce qui distingue la simple utilisation d'une œuvre d'une exploitation ? Et pourquoi, concrètement, le droit de destination constitue-t-il une emprise sur la simple

²²⁷⁴ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*-, De Boeck&Larcier s.a., 2007, p.337.

²²⁷⁵ Voir notamment A. LATREILLE, La protection des dispositifs techniques. Entre suspicion et sacralisation, *Propriétés intellectuelles*, janvier 2002, p. 48.

²²⁷⁶ A. STROWEL/E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique*, Bruxelles 2001, p. 56, n°50.

utilisation de l'œuvre ? Pourquoi ne pas reconnaître explicitement le droit de destination en France ? Quelle est la différence entre le droit de destination et le droit de distribution ? Reconnaître un droit de distribution ? Les brèves remarques qui suivent vont tenter de discuter ces questions.

En vue de parvenir à un certain équilibre des intérêts, le droit d'auteur ne devrait pas s'étendre aux simples actes d'utilisation finale, c'est-à-dire de réception ou de consultation. Ainsi, la simple « jouissance d'une œuvre », c'est-à-dire sa lecture ou son écoute, sont des actes d'utilisation d'une œuvre, mais ne devraient pas nécessiter l'autorisation de l'auteur. Comme le soutient aussi Mme Dusollier, le droit d'auteur ne devrait couvrir que les actes d'exploitation, mais laisser la simple utilisation finale de l'œuvre hors de son champ d'action²²⁷⁷. Or justement, « le droit de destination constitue une emprise contestable sur l'utilisation de l'œuvre »²²⁷⁸. Par conséquent, cela signifie que les actes relevant du droit de distribution, constituent non pas des exploitations mais bien de simples utilisations d'œuvres. En quoi, concrètement, le droit de destination permet de contrôler l'usage d'une œuvre au-delà de son exploitation ?

A première vue, l'affirmation de Mme Dusollier semble injustifiée : pour « admettre l'existence d'un droit de destination, il faut reconnaître que l'utilisation des œuvres qui ne dépasse pas la simple jouissance intellectuelle et matérielle des supports de l'œuvre, n'est pas comprise dans le champ d'application du droit généralement reconnu par les tenants de cette théorie »²²⁷⁹. Ainsi, le droit de destination ne couvrirait que les utilisations qui réalisent une communication de l'œuvre à un tiers. Le droit de destination ne viserait donc pas l'utilisation finale de l'œuvre qui resterait libre.

Toutefois, et c'est là l'argument principal, l'exclusion de l'utilisation privée du champ du droit de destination souligne l'ambiguïté de cette notion. En effet, rien ne justifie vraiment cette exclusion ; car l'auteur peut assortir de conditions l'exercice du droit de reproduction. Pourquoi ces conditions ne pourraient-elles pas toucher à l'utilisation purement privée ?

Selon certains auteurs, l'exemption de l'utilisation finale s'expliquerait par le fait que le droit de destination se situe dans le prolongement du droit de reproduction, lui-même limité aux actes de fixation qui permettent la communication de l'œuvre au public (*quid* de l'exception de la copie privée) ou encore d'une application par analogie des exceptions pour usage privé, traditionnellement reconnues au droit de reproduction, au droit de destination qui n'en est qu'un attribut.

L'application par analogie de la copie privée au droit de destination n'est guère convaincante, puisqu'il n'existe pas de copie privée en matière de programmes d'ordinateur et de base de données. En outre, Mme Dusollier, souligne à juste titre que l'on ne peut justifier l'étendue du droit par une règle d'exception. En effet, cela revient à soumettre l'étendue à l'application du test des trois étapes. A partir du moment où le champ d'application de l'exception se réduit, dès lors que son exercice porte atteinte aux intérêts légitimes du titulaire de droit ou à l'exploitation normale de l'œuvre, c'est donc aussi l'étendue du droit qui est

²²⁷⁷ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*–, De Boeck&Larcier s.a., 2007, p. 329.

²²⁷⁸ S. DUSOLLIER, *ibid.*, p. 337.

²²⁷⁹ S. DUSOLLIER, *ibid.*, p. 354 ; et également : A. LUCAS, *Le droit de l'informatique*, Paris, PUF, coll. « Themis », 1987, n°216.

réduit. Cela signifie que l'auteur est fondé, en vertu du droit de destination, à contrôler l'utilisation privée des exemplaires de son œuvre, si cette utilisation préjudicie ses intérêts légitimes. Finalement, considérer que le contrôle de la jouissance personnelle de l'œuvre sort du champ d'application du droit de destination relève de la pétition de principe et n'est pas sans risque. Faute de pouvoir avec certitude soustraire l'utilisation privée de la portée du droit de destination, le noyau dur de ce droit risque bien de se réduire à la seule utilisation privée de l'œuvre.

Cependant, puisque le droit de destination paraît être limité, par la doctrine, aux actes d'utilisation qui ont pour effet de diffuser l'œuvre auprès d'un nouveau public, on peut se demander s'il n'est pas suffisant de fonder la légitimité du dispositif sur sa capacité à prévenir cette communication.

A partir du moment où le monopole que détient l'auteur ne lui permet pas, *a priori*, de s'opposer à toute utilisation de son œuvre ni de contrôler l'ensemble du marché, mais uniquement les segments du marché constitués par une exploitation de l'œuvre qui met en jeu ses droits exclusifs, ceux-ci découlent originairement des nécessités de maintenir la circulation de l'œuvre dans la sphère publique. Par conséquent, le droit de destination va au-delà d'un droit ne portant que sur l'exploitation d'une œuvre²²⁸⁰.

Conclusion du chapitre II

Outre le fait que le droit de destination constitue une emprise contestable sur l'utilisation de l'œuvre, c'est bien la compatibilité entre le droit de destination et le droit de distribution qui n'est pas des plus évidentes. A l'échelle nationale, le code de la propriété intellectuelle reconnaît bien l'épuisement d'un droit de distribution, mais ne donne pas de définition de ce droit. A l'échelle européenne, on peut même se demander si le maintien du droit de destination est compatible avec la directive.

Néanmoins, face aux difficultés liées à la détermination des critères décrivant une exploitation, la question est posée de savoir, si poussée à l'extrême, la construction doctrinale du droit de destination ne permet pas de résoudre le problème du partage de la valeur sur *internet*. On ne peut en effet nier que le droit de destination est une notion malléable, présentant une certaine flexibilité, puisque non définie par la loi.

Conclusion du Titre II

Dans le titre II, on a tenté de dégager de nouveaux critères en vue de définir et de caractériser l'exploitation d'une œuvre. Le sens premier de l'exploitation est la « mise en valeur du bien ». La notion de « mise en valeur » d'un bien renvoie à l'idée d'une *captation de valeur économique*. Dans l'affaire *Wizzgo*, le juge français appuie son raisonnement sur la *capture*, par *Wizzgo*, de la valeur des œuvres pour développer son propre modèle commercial, bien plus que sur une analyse juridique technique des droits et exceptions comme c'est le cas dans l'affaire *Personal Video recorder* en Allemagne. Les développements ont également

²²⁸⁰ S. DUSOLLIER, *L'exploitation des œuvres: une notion centrale en droit d'auteur*, in : Mélanges Lucas, p. 563 s.

permis de conforter l'hypothèse selon laquelle une interprétation technique des actes d'utilisation des œuvres ne facilite pas la qualification juridique de ces actes. En raison de l'interactivité, l'approche technique est très aléatoire et un résultat inverse à la solution proposée par la jurisprudence allemande dans l'arrêt *Personal Video recorder* n'aurait pas étonné les juristes allemands. Force est néanmoins de constater qu'un même modèle économique, donnant lieu à de mêmes questions juridiques en France et en Allemagne, à une époque similaire, entraîne de manière étonnante une réponse juridique différente. Alors qu'en France, le modèle économique de *Wizzgo* a été rejeté, le modèle économique de *Personnel-Videorecorder* a été accepté en Allemagne. Depuis la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016, relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, les services d'enregistrement et de stockage à distance des programmes de radio ou de télévision donneront lieu, comme en Allemagne, à l'application de la copie privée et par conséquent au paiement de la rémunération pour copie privée. On peut néanmoins noter que cette exploitation doit toutefois faire l'objet d'accords entre diffuseurs et distributeurs, sous le contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel.

Les difficultés liées à la qualification d'une exploitation ne permettent pas de sauter le pas et de remettre en cause la *summa divisio*, nécessitant la reconnaissance d'un droit d'exploitation unique. La thèse soutenue est moins ambitieuse et se contente de redéfinir l'étendue et la formulation des droits exclusifs existants, à savoir le droit de reproduction d'une part, et le droit de communication au public d'autre part. Bien que le maintien de la construction doctrinale du droit de destination soit controversée, la présente thèse soutient la disparition du droit de destination au profit du droit de distribution.

Conclusion de la partie II

In fine, la deuxième partie de thèse propose une amélioration *in concreto* des textes de loi. En effet, il est apparu indispensable d'apporter des précisions dans le corpus législatif européen et national afin de lever toute ambiguïté – du fait de l'interprétation des notions autonomes proposées par la *CJUE* – concernant les notions clefs du droit d'auteur. L'approche consiste à formuler des textes de loi s'articulant de manière cohérente. Par ailleurs, l'accent a été mis sur la lisibilité de la définition des droits et sur la formulation de droits moins larges mais plus forts.

C'est pourquoi, il est proposé de réduire l'étendue du droit de reproduction en excluant du champ d'application du droit de reproduction les reproductions temporaires n'ayant pas de signification économique propre. De plus, à l'image du droit français, la thèse soutient une approche globale du droit de communication au public, en rejetant la distinction technique telle qu'elle existe en droit allemand, entre le § 19a UrhG et le § 20 UrhG jugée dépassée. La thèse soutient une définition du public, incluse dans la définition des droits exclusifs. La création d'une exception obligatoire au droit de propriété littéraire et artistique en cas de création de certains hyperliens est rejetée en raison, notamment, de la difficulté à cerner le caractère licite ou illicite d'une communication au public ou d'une mise à disposition.

CONCLUSION GENERALE

Le monde numérique et plus particulièrement encore, le monde numérique en ligne modifie la manière dont les œuvres sont utilisées. Par conséquent, les définitions des droits développées à partir de techniques analogiques sont remises en cause.

Premièrement, la thèse a montré que la définition et la structure des droits d'auteur en France et en Allemagne ne permettent pas d'apporter la sécurité juridique nécessaire lors de la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre.

D'une part, le droit de reproduction, dans son appréhension purement technique, ne devrait pas relever du droit exclusif d'exploitation d'auteur. Alors que le droit de reproduction était vraisemblablement le droit le plus important dans un monde analogique, en raison notamment de la reproduction des œuvres par la technique de l'impression, la signification de ce droit a changé dans un monde numérique. En effet, chaque internaute réalise des actes de reproduction provisoires, ne serait-ce qu'en raison de l'existence de reproductions inhérentes au procédé technique. Dans un monde analogique, le titulaire du droit de reproduction était souvent l'éditeur, dont le rôle consistait précisément à communiquer l'œuvre au public, par le biais des reproductions. Dans un monde numérique, la simple jouissance d'une œuvre par la technique du *browsing* ou la visualisation d'une œuvre sur l'écran d'un ordinateur s'analyse comme une reproduction provisoire, alors même qu'une telle jouissance de l'œuvre dans un monde analogique (c'est-à-dire la lecture d'une œuvre) serait exclue du champ d'application du droit d'auteur dans un monde analogique. Une compréhension technique du droit de reproduction est donc artificielle en raison de l'absence de valeur économique propre et inutile en raison de l'application du droit de communication au public — comme c'est le cas dans le cadre de la « mise en ligne » d'une œuvre. Nul besoin alors de segmenter cet acte d'utilisation en un acte de reproduction, puis en un acte de mise à disposition.

D'autre part, alors que le droit de communication au public ne constituait qu'une prérogative secondaire dans un monde analogique, appliqué dans le cadre de représentations théâtrales par exemple, le droit de communication au public ou le droit de représentation est un droit de première importance dans un monde numérique. Le droit d'auteur allemand fait référence à une communication publique (traduction littérale de : *öffentliche Wiedergabe*) et la référence explicite à la dimension publique de ce droit d'exploitation est à saluer. En effet, la dimension publique s'apprécie *a contrario* de la notion de *cercle de famille* en France. On peut noter que l'étendue du public peut s'apprécier de manière différente en France et en Allemagne, puisque « les liens personnels » visés par l'art. 15.3 UrhG ne doivent pas être limités aux relations familiales ou amicales. Peut-on considérer qu'un compte *facebook* composé de 300 amis constitue encore un cercle de famille ? L'appréciation de la notion de public dans un monde numérique pose problème, et les réponses apportées par la CJUE ne sont pas satisfaisantes.

Enfin, une autre différence majeure entre le droit d'auteur allemand et français réside dans le fait que le droit allemand reconnaît un droit de distribution explicite, alors que le droit français recourt à la théorie du droit de destination. Outre le fait que le droit de destination constitue une emprise contestable sur l'exploitation de l'œuvre, il serait souhaitable de mettre fin à la contradiction inhérente du Code de propriété intellectuelle, qui prévoit l'épuisement d'un droit de distribution à l'art. L.122-3-1 CPI sans pour autant définir la notion de distribution. On comprend bien sûr que l'approche synthétique du droit français reconnaissant deux droits exclusifs d'exploitation doit être préservée.

Enumérant différentes prérogatives, la structure analytique des droits en Allemagne ne facilite pas la qualification juridique d'un acte d'utilisation d'une œuvre. La convergence des techniques et l'interactivité ne permettent pas toujours de différencier les droits applicables. Comment distinguer une télédiffusion de point à multipoint d'un droit de mise à disposition, alors même que cette distinction a pour origine le fait que les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes ne soient pas munis d'un droit exclusif complet de communication au public ?

La thèse montre, qu'une structure analytique des droits favorise une appréciation technique d'un acte d'exploitation d'une œuvre, tandis qu'une structure synthétique des droits entraîne généralement une compréhension plus globale des actes d'exploitation. Un même acte d'exploitation d'une œuvre peut donc recevoir une qualification juridique différente en France et en Allemagne. Par exemple, alors que le *upload* d'une œuvre s'analyse comme un droit de reproduction et de communication en Allemagne, la mise en ligne s'analyse comme une représentation en France. Le fait qu'un même acte d'utilisation d'une œuvre puisse être qualifiée de manière différente est un indice permettant de supposer le caractère artificiel de la distinction entre un droit sous forme corporelle, et un droit sous forme incorporelle. L'inadaptation de la *summa divisio*, socle commun en droit français et allemand d'auteur, est renforcée par l'exploitation des œuvres dans un monde numérique. Quel critère permet de distinguer une exploitation sous forme corporelle d'une exploitation sous forme incorporelle ? La fixation matérielle est-elle un critère de distinction satisfaisant ? Tel ne semble pas être le cas, puisque l'on constate une irruption de la notion de fixation matérielle au sein du droit de représentation, et l'irruption de la notion de dématérialisation au sein du droit de reproduction. Dans l'absolu, la fixation d'une œuvre ne peut avoir lieu que sur un support, qui est soit un support corporel, matériel et tangible, soit un support incorporel, immatériel et intangible. Par conséquent, la fixation n'est pas un critère de distinction satisfaisant. Le transfert de propriété du support permet-il de distinguer le droit de reproduction d'un droit de représentation ? Tel ne semble pas être le cas pour deux raisons au moins. D'une part, la décision *usedSoft* a admis que le droit de distribution s'applique en présence d'un support intangible, dans le cadre d'une mise à disposition par le biais d'un téléchargement, ce qui a pour conséquence de décorrélérer la mise en jeu du droit de distribution d'un transfert de propriété *strito sensu*, c'est-à-dire au sens civil du terme. D'autre part, le transfert de propriété d'un support ne peut avoir une influence sur la distinction de deux droits d'exploitation, puisque de façon classique, le droit de propriété de l'acquéreur du support est totalement distinct du monopole d'exploitation de l'auteur.

Non seulement il y a cumul et enchevêtrement des droits d'exploitation sous forme corporelle et incorporelle, puisque dans l'affaire *usedsoft*, le droit de distribution porte sur un objet intangible mais il y a aussi une application incertaine des droits, dans le cadre de certaines utilisations d'œuvres, en raison de l'interactivité accrue des acteurs, dans un monde numérique en ligne. Tel est par exemple le cas, dans le cadre d'un modèle d'affaires reposant sur la technique du streaming. La technique du streaming doit-elle s'apprécier à l'aune du

« fournisseur » ? Se situant généralement à l'étranger, il semble plus pertinent de s'intéresser à l'utilisateur internaute présent géographiquement en France ou en Allemagne. Selon le point de vue de l'utilisateur, la visualisation d'un film en streaming s'appréciera alors à l'aune du droit de reproduction. Reste à savoir, s'il y a application d'une exception au droit de reproduction alors même que le film *streamé* est illégal. La question est semblable dès lors qu'un utilisateur internaute pose un lien envers une œuvre mise à disposition en ligne sans l'autorisation de l'ayant droit. On le voit, la définition des droits exclusifs d'exploitation ne facilite pas une qualification juridique simple et claire des nouveaux actes d'exploitation des œuvres, dans un monde numérique.

Deuxièmement, les incertitudes liées à la qualification juridique des actes d'utilisation des œuvres sont grandes et les réponses apportées par la jurisprudence de la *CJUE* ne sont pas toujours cohérentes. Alors que la démarche d'harmonisation de la *CJUE* est à saluer, l'analyse détaillée de la jurisprudence de la *CJUE* se montre décevante puisque les critères dégagés en vue de caractériser la notion de communication au public ne sont pas d'une grande aide.

La notion de communication au public associe deux éléments cumulatifs, à savoir un « acte de communication » d'une œuvre et la communication de cette dernière à un « public ». La notion de public proposée par la *CJUE* diverge de la définition légale du public prévue à l'art. 15 (3) de la loi allemande. Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la *CJUE* que la notion de public (dans un monde *en ligne* ou *hors ligne*) vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels (critère qualitatif) et implique par ailleurs un nombre de personnes assez important (critère quantitatif). La thèse a montré les contradictions et les incertitudes liées à une telle définition du public. Par exemple, un nombre de personnes déterminé mais important, peut-il s'analyser comme un public ou forme-t-il un groupe privé ? En réceptionnant les critères développés par la *CJUE*, la Cour fédérale allemande a jugé dans son arrêt *Ramses* du 17 septembre 2015, que la câblo-distribution de signaux télévisuels et radiophoniques captés par une antenne collective ne constitue pas un acte de communication au public. En effet, les personnes logées dans 343 logements dépassent bien le *minimum* de personnes requis si bien que le critère quantitatif est rempli. En revanche, le critère qualitatif fait défaut, car les personnes en questions sont déterminées. Il n'y a donc pas de communication au public. Peut-on valablement considérer que les habitants de 343 logements constituent un groupe privé ? Par ailleurs, il n'y a de communication au public que lorsqu'un certain nombre de critères sont remplis.

Tout d'abord, il n'y a de communication que s'il y a *transmission*. *A priori* la transmission se distingue d'une simple fourniture d'installation telle qu'elle est prévue au considérant 27 de la directive *InfoSoc*. Comme en témoigne la réponse à la quatrième question de l'arrêt *PPL*, la distinction n'est pourtant pas toujours évidente. Ainsi, la *CJUE* a jugé à propos de l'interprétation de la notion de communication au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115, que la mise en place par l'exploitant dans la chambre d'hôte d'un client d'un dispositif autre qu'un appareil de télévision ou de radio et des phonogrammes sous forme physique ou numérique, qui peuvent être diffusés ou entendus à l'aide de ce dispositif, constitue une communication au public. La solution retenue par la *CJUE* tranche avec la solution retenue dans l'arrêt de la Cour fédérale de justice *Königshof* précisant qu'une mise à disposition de téléviseur dans les chambres d'un hôtel ne constitue pas une communication au public. Toute la question est de savoir, si l'usager, c'est-à-dire par exemple, un hôtelier, atteint un nouveau public, distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'œuvre.

Le critère de « public nouveau » est critiquable. En effet, tel qu'exposé par la *CJUE* il

semble substituer la notion de « communication à *un public nouveau* » à celle de « nouvelle (ou nouvel acte de) communication au public ». Pourtant, le fait que la communication soit effectuée par un organisme de radiodiffusion distinct ne veut pas dire que le public visé par cette communication doit être distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'œuvre. Dans un contexte *hors* ligne, une telle compréhension de la communication au public s'accorde avec l'esprit et la lettre de l'art. 11 bis de la convention de Berne, dans sa compréhension extensive de la notion de communication au public. Dans un contexte *en* ligne, cependant, la *CJUE* fait de la notion de public nouveau une condition *sine qua non*. Par conséquent, comme dans l'affaire *Svensson*, en l'absence d'un public nouveau, il n'y a pas de communication au public. Dans un monde *online*, l'articulation du critère de « public nouveau » avec le critère de « mode technique spécifique » est délicat. L'affaire *ITV Broadcasting* (ou *TV Catchup*) semble montrer qu'il n'y a de recherche de public nouveau que dans le cadre d'un même mode technique (par exemple, une communication initiale d'une œuvre sur internet et un lien pointant vers cette œuvre sur *internet*). La distinction des modes d'exploitations suivant le mode technique utilisé peut d'ailleurs s'avérer complexe au vu de la convergence des médias.

Outre le fait que les critères déterminant une communication ne sont pas clairs et semblent recevoir une acception différente suivant leur utilisation dans un contexte *en* ligne ou *hors* ligne, une autre incertitude est liée à la distinction ou non entre la notion de communication au public au sens d'un droit exclusif d'auteur, c'est-à-dire au sens de l'art. 3 al. 1 de la directive *InfoSoc*, et au sens d'un droit voisin et d'un droit à rémunération, au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115. La jurisprudence de la *CJUE* n'est pas précise. Alors que l'arrêt *OSA*²²⁸¹ de la Cour semble confirmer une telle distinction, l'arrêt *Reha-Training*, dispose que la notion de communication au public doit être interprétée selon les mêmes critères afin d'éviter notamment des interprétations contradictoires et incompatibles²²⁸². On ne peut pas dire que la jurisprudence de la Cour de justice contribue à améliorer la cohérence et la visibilité de la notion de communication au public. Une appréciation différenciée va à l'encontre d'une conception unitaire de la notion de communication au public. Une acception différente de la notion de communication au public ne faciliterait pas non plus sa réception. Au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115, la prise en compte du rôle de l'utilisateur comme un élément de la définition du droit de communication au public est un changement de perspective par rapport au droit national français et allemand, qui définit les droits par rapport à l'ayant droit. D'autre part, les critères dégagés par la *CJUE* divergent par rapport à ceux retenus en droit national, d'où une notion de la communication au public plus restrictive au niveau européen qu'au niveau national, sauf pour ce qui concerne la qualification juridique au niveau européen d'un dispositif autre qu'un appareil de télévision ou de radio mise à disposition en même temps que des phonogrammes. En plus d'une argumentation juridique discutable, ce sont les conséquences pratiques qui ne sont pas satisfaisantes.

Ainsi, la solution adoptée par la *CJUE* dans l'affaire *Marco Del Corso* est critiquable. D'une part, les juridictions nationales en France comme en Allemagne, auraient considéré que la radiodiffusion de phonogrammes protégés au titre de la propriété littéraire et artistique et plus particulièrement des droits voisins, constituent une communication au public. Outre l'incompatibilité de la jurisprudence de la *CJUE* avec la jurisprudence des juridictions nationales, comment justifier l'approche différenciée, entre la radiodiffusion dans la salle d'attente d'un dentiste et la télédiffusion dans un centre de rééducation? Quelles sont les

²²⁸¹ Arrêt *OSA*, n°35.

²²⁸² Arrêt *Reha-Training*, n°33 et n°34.

réelles motivations de la *CJUE* ? La référence au caractère lucratif utilisé comme une « variable » d'ajustement n'en est pas moins critiquable. Le sentiment général est donc celui d'une grande insécurité juridique, en raison de la pondération des critères, dont l'application cumulative ou alternative est fort complexe. Cette insécurité juridique est encore renforcée par la jurisprudence de la *CJUE* à propos de la qualification juridique des hyperliens, pleine de rebondissements.

Après avoir eu des interrogations dues aux conclusions de M. l'avocat général Wathelet considérant la pose d'hyperliens envers un contenu comme ne portant pas atteinte au droit de communication au public, la *CJUE* dans l'arrêt *Sanoma* considère à l'inverse que la pose d'un hyperlien vis-à-vis de contenu illégal relève d'un acte de contrefaçon. L'arrêt *Sanoma* ou *GS Media* n'apporte cependant pas de réponse à toutes les questions. Comment déterminer la légalité ou non d'une œuvre ? Peut-on faire dépendre la définition d'un acte d'exploitation de la légalité ou non de son objet ?

Une des plus grandes hésitations consiste à qualifier juridiquement la pose d'un lien. L'enjeu est de trouver un équilibre entre d'une part, la protection des auteurs et, d'autre part, les tenants de la liberté de lier. Par conséquent, une solution radicale ne serait pas satisfaisante : on ne peut valablement soutenir que tout lien met en œuvre le monopole de l'auteur au risque d'aboutir à une paralysie de l'internet et on ne peut pas considérer qu'un lien ne met jamais en œuvre le monopole d'exploitation. Une compréhension technique, reposant sur l'idée qu'un lien ne permet que de donner accès à une œuvre ou ne constitue qu'un simple outil de cheminement, nie les intérêts motivant les poseurs de liens. La pose d'un lien permet au poseur de lien de s'approprier le contenu d'un point de vue économique. La capture de valeur d'une œuvre se conçoit aisément, lorsque le lien pointe vers une œuvre mise à disposition de manière illégale. Ne peut-on pas alors considérer que la responsabilité du poseur de lien est engagée, à titre principal ? La difficulté consiste néanmoins à déterminer la licéité ou la légalité des œuvres. A qui revient la charge de prouver que l'œuvre pointée est illégale ? Dans son arrêt *GS Media*, la *CJUE* fait peser sur le poseur de liens une sorte « d'obligation d'information ». Ainsi, lorsque le lien est effectué dans un but lucratif, le poseur de lien semble devoir réaliser des vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre n'est pas illégalement publiée. C'est sûrement dans la perspective de n'autoriser la pose d'un hypélien que dans le cas d'un lien vers une œuvre licite, que la création d'une exception pour les hyperliens par analogie à l'exception de copie privée a été envisagée.

On peut réfléchir à la rédaction d'une exception autorisant la pose de liens pour un usage privé d'un contenu légal à des fins non commerciales. Deux raisons au moins peuvent être soulevées à l'encontre de la reconnaissance d'une telle exception. Tout d'abord, la rédaction d'une telle exception suppose une formulation large des droits exclusifs d'exploitation. Or précisément, la présente thèse soutient plutôt une restriction du champ d'application des droits exclusifs d'exploitation pour un droit d'auteur moins large mais plus fort. Ensuite, il semble insatisfaisant de traiter de manière différente les services de référencement qui pointent vers des sites licites ou illicites. Peut-on véritablement faire dépendre la nature de la communication au public du statut de l'œuvre communiquée ? Par conséquent, l'intervention du législateur en vue de formuler une exception en faveur de la pose de liens n'est pas pleinement satisfaisante. La qualification juridique de la pose d'un lien doit-elle relever de l'appréciation du juge ? Selon la *CJUE*, la pose d'un lien en droit d'auteur s'apprécie à l'aune du droit de communication au public. Une appréciation à l'aune du droit de reproduction ne semble pas appropriée, puisque si reproduction il y a, alors elle serait réalisée par l'internaute activant le liant et non par le poseur de lien. L'arrêt *Svensson* a mis en lumière des incertitudes, auquel l'arrêt *GS Media* n'a pas apporté de réponse. Peut-on interpréter la jurisprudence

Svensson a contrario ? L'auteur n'est-il protégé que s'il utilise des mesures techniques ? Assistet-on à un changement de perspective par rapport à la conception traditionnelle des droits d'auteur, nécessitant de la part de l'ayant droit un comportement actif ? Peut-on parler d'un épuisement du droit de communication au public, dès lors que l'auteur a mis à disposition une oeuvre en ligne ?

De nombreuses questions restent en suspens.

L'analyse est tout aussi frustrante concernant la notion de reproduction, puisque les critères dégagés par la jurisprudence européenne liés à l'interprétation autonome de la notion de reproduction provisoire au sens de l'art. 5 (1) de la directive *InfoSoc* sont tout aussi confus. Comment distinguer un acte de reproduction d'une exception de reproduction provisoire ? Le même constat d'échec est à faire concernant l'étendue de l'épuisement du droit de distribution dans l'arrêt *usedSoft*. Fortement critiquée sur le plan dogmatique, l'affaire *usedSoft*, motivée par des considérations économiques et politiques, est de portée incertaine, notamment en ce qui concerne les implications pour des oeuvres commercialisées sous forme de *e-book*, ou dans le domaine du téléchargement de musique. Plusieurs arguments peuvent être avancés en faveur ou à l'encontre de l'extension de l'épuisement des droits à la distribution des oeuvres culturelles dématérialisées. Les différentes conditions requises en vue de reconnaître l'épuisement des droits sont très restrictives. Par ailleurs, il est facile de déroger contractuellement à la jurisprudence *usedSoft*. Alors que la portée dogmatique de la jurisprudence *usedSoft* est importante, sa portée pratique a été réduite notamment par la Cour fédérale de justice. Dans l'incertitude, on comprend que les juridictions nationales réceptionnent la jurisprudence européenne la moins « invasive ». Ainsi, la Cour fédérale de justice n'a-t-elle reconnu l'épuisement des droits que dans le cadre de la réception concrète, c'est-à-dire dans le cadre de l'affaire *usedSoft II* et *usedSoft III*. Ainsi, les juridictions allemandes n'ont à ce jour pas étendu l'épuisement du droit de distribution à d'autres oeuvres que des oeuvres logiciels. Par conséquent, la revente d'audio-livres numériques et d'*e-books* est interdite sans le consentement des ayants droit. Par conséquent, la jurisprudence *usedSoft* a une portée restreinte. Il en va de même pour l'arrêt *Marco del Corso*, puisque la Cour fédérale allemande n'a reconnu l'existence d'un acte clair qu'à propos de la diffusion de musique dans la salle d'attente d'un dentiste. L'argumentation des juridictions de renvoi, réceptionnant les décisions de la *CJUE* au niveau national, soulève généralement plus de questions qu'elle n'apporte de réponses.

C'est ce qui justifie l'intervention du législateur, en vue de déterminer de façon plus systématique les actes d'utilisation des oeuvres qui relèvent du champ d'application du droit d'auteur, et plus particulièrement du droit exclusif d'exploitation. En effet, un droit d'auteur fort n'est pas nécessairement synonyme d'un droit d'auteur large. C'est pourquoi, il semble judicieux, de réajuster l'étendue des droits exclusifs d'exploitation et d'en renforcer le noyau.

Troisièmement, c'est de manière prospective que la thèse a tenté de rechercher au-delà de l'*acquis communautaire* une nouvelle structure des droits et les critères permettant de cerner la notion d'exploitation d'une oeuvre. En effet, la structure des droits développée dans un monde analogique n'est que difficilement transposable dans un monde numérique *online* : la distinction entre une exploitation sous forme corporelle et une exploitation sous forme incorporelle est alors artificielle.

Une remise en cause de la *summa divisio* n'apporte pas de solution quant au problème des clouds etc..., bien qu'elle ne semble pas absurde dans un monde numérique *online*.

La remise en cause de la *summa divisio* ne rendrait pas compte de la neutralité technologique propre à toute exploitation. La thèse n'apporte pas de réponse quand au degré de technologie à considérer dans le but de qualifier un acte d'utilisation d'une œuvre. En plus, une remise en cause de la *summa divisio* n'apporterait pas non plus de solution à la question de savoir quelle utilisation d'une œuvre relève d'un droit d'exploitation au sens du droit d'auteur. De *lege lata*, le droit d'auteur français et allemand englobent la simple jouissance réceptive et de simples actes d'utilisation techniques ne permettant qu'une « mise à disposition » matérielle d'une œuvre. Comment cerner l'exploitation d'une œuvre ?

Intuitivement, la dimension économique semble indissociable de la notion d'exploitation. En l'absence de tout finalité lucrative, la jouissance d'une œuvre (en allemand : *Werkgenuss*) serait libre. Une telle approche permettrait d'asseoir la compatibilité économique existant en pratique entre le *streaming* et le *download* d'une œuvre et de contourner des distinctions techniques parfois artificielles. Une compréhension technique des droits, notamment du droit de reproduction est inutile, puisqu'une analyse fonctionnelle du *simulcasting*, par exemple, permet de qualifier cet acte de « communication au public ». La thèse retient une approche « fonctionnelle » des droits, c'est-à-dire une approche détachée de toute compréhension technique des droits. L'appréciation d'un acte d'utilisation d'une œuvre repose alors sur un système de valeur. Une telle approche fonctionnelle, pas nécessairement impartiale, est néanmoins préférée à une compréhension technique des actes d'utilisation des œuvres.

En effet, l'argumentation technique est souvent instrumentalisée dans le but de souligner la neutralité des moteurs de recherche, dont le rôle « d'intermédiaire purement technique » est cependant remis en cause. Par ailleurs, une analyse technique d'un acte d'utilisation d'une œuvre ne permet pas toujours de déterminer si l'on est en présence d'un acte d'exploitation d'une œuvre à destination d'un public où s'il s'agit d'un acte d'utilisation d'une œuvre dans le cadre d'un cercle de famille.

La référence au caractère lucratif d'un acte d'exploitation n'est pas totalement satisfaisante, puisque justement le droit d'auteur français et allemand ne prend en compte le caractère lucratif que dans le but de déterminer le montant d'une rémunération due.

Retenir le caractère lucratif comme étant un élément constitutif d'un droit exclusif d'exploitation permet cependant d'exclure du champ d'application du droit exclusif d'exploitation des utilisations réalisées à des fins privées et non lucratives. En effet, un droit d'auteur moderne n'est pas uniquement justifié par la seule protection de l'auteur – alors même que celui-ci doit rester au cœur des préoccupations – mais nécessite, en plus, une prise en compte de nombreux intérêts en présence et particulièrement ceux des consommateurs afin d'asseoir sa légitimité. En l'absence de précisions de la part de la *CJUE*, le critère plus traditionnel consistant à ne reconnaître qu'un droit exclusif d'exploitation dans le cadre d'une communication *publique* est difficilement applicable dans un monde où les technologies numériques favorisent les relations individuelles et directes entre les différents acteurs sur la toile.

Comment déterminer un public, alors que les modèles d'affaires sont de plus en plus individualisés, tel par exemple un accès sécurisé à un *cloud* ou à une plateforme de stockage individualisée ? Alors que le *download* d'une œuvre entraîne l'application du droit d'auteur, les modèles d'affaires individualisés entraînent plutôt l'application du droit des obligations, du droit des contrats. Le consentement de l'auteur est-il alors considéré comme implicite, ne lui laissant que la possibilité d'un *opt out* ?

L'auteur ne bénéficie-t-il d'une protection par le droit d'auteur que par le biais d'un recours aux mesures techniques ? Une des caractéristique propre au monde de l'internet est précisément cette ambivalence entre d'un coté une plus grande interactivité et donc une certaine autonomie des acteurs recherchant des licences personnalisées et de l'autre côté, une plus grande automatisation de l'utilisation des oeuvres rendant un contrôle de l'utilisation individuelle des œuvres difficiles.

Le monde numérique offre de nouvelles possibilités d'utilisation des oeuvres, ce qui constitue en soit une chance d'où l'essor de nouveaux modèles d'affaires, tel l'enregistrement des œuvres dans un *cloud*, accessible par la technique du *streaming* et supprimant tout lien avec le territoire d'un pays. C'est pourquoi, dans le but de promouvoir le marché unique européen à l'heure du *Brexit*, il est nécessaire d'apporter des réponses cohérentes en vue d'améliorer l'acquis communautaire. Le projet de recherches s'inscrit donc pleinement dans le débat très actuel mené en ce moment même au niveau national et à l'échelle européenne par la commission européenne en matière de droit d'auteur.

„La France et l'Allemagne s'engageront donc activement et de manière constructive dans la démarche de modernisation du droit d'auteur initiée par la Commission européenne“²²⁸³

²²⁸³ Droit d'auteur, Déclaration commune franco-allemande du 31 mars 2015, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, ministère de la culture et de la communication.

BIBLIOGRAPHIE

La liste ci-dessous ne contient pas toutes les références consultées ou citées dans l'ouvrage, mais seulement une sélection d'entre elles.

I- Traités, Manuels, Ouvrages Généraux

AHLBERG Hartwig, GÖTTING Horst-Peter [éd.]
Urheberrecht, Online-Kommentar, 4e éd. München 2014, C.H. Beck.

ALLEAUME Christophe
Propriété intellectuelle, Paris 2010, Montchrestien.

ARNDT Hans-Wolfgang, FISCHER Kristian
Europarecht, 9e éd. Heidelberg 2008, C.F. Müller.

BERTRAND André
Le droit d'auteur et les droits voisins, 3e éd., Paris 2010, Dalloz.

BIEBER Roland, EPINEY Astrid, HAAG Marcel
Die Europäische Union, Baden-Baden 2009, Nomos.

BINCTIN Nicolas
Droit de la propriété intellectuelle, Paris 2010, LGDJ.

CARON Christophe
Droit d'auteur et droits voisins, Paris 2013, LexisNexis, Litec. ; 4e édition 2016.

CASTETS-RENARD Céline
Droit de l'internet, Paris 2010, Montchrestien, Lextenso éditions, cours.

CORNU Gérard
Vocabulaire juridique Capitant, 9e éd. Paris, PUF 2011.

COSTES Lionel, MARCELIN Sabine [éd.]
Lamy, droit de l'informatique et des réseaux, guide, solutions et applications, pratique contractuelles, Rueil-Malmaison cedex 2010, Wolters Kluwer France SAS.

CREIFELDS Carl, WEBER Klaus e. a.
Rechtswörterbuch, 20e éd. München 2011, C.H. Beck.

DESBOIS Henri
Le droit d'auteur en France, 3e éd. Paris 1978, Dalloz.

DREIER Thomas, SCHULZE Gernot
Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 1e éd. München 2003, C.H. Beck; 4e éd. 2013, 5^e éd. 2015 (avec SPECHT Louisa).

DREYER Gunda, KOTTHOFF Jost, MECKEL Astrid
Urheberrecht, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 2e éd. Heidelberg 2009, C.F. Müller.

ENSTHALER Jürgen, WEIDERT Stefan
Handbuch Urheberrecht und internet, 2e éd., Frankfurt am Main 2010, Recht und Wirtschaft GmbH.

FERAL-SCHUHL Christine
Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet, 6e éd. Paris 2010, Dalloz.

FRANÇON André
Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Paris 1999, Les Cours du droit.

FROMM Friedrich K., NORDEMANN Axel
Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11e éd. Stuttgart 2013, Kohlhammer.

GAUDRAT Philippe, SARDAIN Frédéric
Traité de droit civil du numérique, Bruxelles 2013, Larcier.

GAUTIER Pierre-Yves
Propriété littéraire et artistique, 1^{ère} éd. Paris 1991, PUF, coll. Droit Fondamental ; 8e éd. 2012.

GEIGER Rudolf
EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4e éd. München 2004, C.H. Beck.

GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean
Lexique des termes juridiques, 16e éd. Paris 2007, Dalloz.

HARATSCH Andreas, KOENIG Christian, PECHSTEIN Matthias
Europarecht, 6e éd. Tübingen 2009, Mohr Siebeck.

HÄRTING Niko
Internetrecht, 3e éd. Köln 2008, Dr. Otto Schmidt KG.

HAUG Volker
Grundwissen Internetrecht, Stuttgart 2005, W. Kohlhammer GmbH.

HERDEGEN Matthias
Europarecht, 11e éd. München 2009, C.H. Beck.

HOEREN Thomas
Grundzüge des Internetrechts, E-Commerce, Domains, Urheberrecht, 2e éd. München 2002, C.H. Beck.

HOEREN Thomas, SIEBER Ulrich, HOLZNAGEL Bernd
Handbuch Multimedia-Recht, 37 e éd. München 2011, C.H. Beck.

HOLTMANN Jörg

Europarecht, 4e éd. Münster 2006, Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge Verlagsgesellschaft mbH und Co. KG.

KILIAN Wolfgang

Europäisches Wirtschaftsrechts, Juristische Kurz-Lehrbücher, 2e éd. München 2003, C.H. Beck.

KILIAN Wolfgang, HEUSSEN Benno [éd.]

Computerrechts-Handbuch, Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 32e éd. München 2013, C.H. Beck.

KÖBLER Gerhard

Juristisches Wörterbuch, Für Studium und Ausbildung, Studienreihe Jura, 12e éd. München 2003, Franz Vahlen.

KÖHLER Markus, ARNDT Hans-Wolfgang, FETZER Thomas

Recht des Internets, 1ère éd. Heidelberg [e.a] 2000, Müller; 7e éd. 2011.

LARRIEU Jacques

Droit de l'internet, 2e éd. Paris Cedex 2010, Ellipses.

LETTL Tobias

Urheberrecht, München 2008, C.H. Beck.

LEWINSKI Silke von

International copyright law and policy, Oxford [e.a.] 2008, Oxford Univ. Press.

LOEWENHEIM Ulrich [éd.]

Handbuch des Urheberrechts, 2e éd. München 2010, C.H. Beck.

LUCAS André

Droit d'auteur et numérique, Paris 1998, Litec.

LUCAS André [éd.]

Les exceptions au droit d'auteur, états des lieux et perspectives dans l'Union européenne, Paris 2012, Dalloz.

LUCAS André, LUCAS Henri-Jacques

Traité de la propriété littéraire et artistique, 1^{er} éd. Paris 1994, éditions Litec ; 3^e éd. 2006, LexisNexis Litec.

LUCAS André, LUCAS Henri-Jacques, LUCAS-SCHLOETTER Agnès

Traité de la propriété littéraire et artistique, 4^e éd. Paris 2012, LexisNexis.

MARINO Laure

Droit de la propriété intellectuelle, 1. éd. Paris 2013, Thémis, PUF.

NORDEMANN Wilhelm [éd.]

Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 10e éd. Stuttgart 2008, Kohlhammer.

OPPERMANN Thomas, CLASSEN Claus Dieter, NETTESHEIM Martin

Europarecht, ein Studienbuch, 4e éd. München 2009, C.H. Beck.

- POLLAUD-DULIAN Frédéric
Le droit d'auteur, Paris 2004, Economica ; 2^e éd. 2014.
- POUILLET Eugène
Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, Paris 1879, Marchel & Billard.
- POUILLET Eugène
Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, 2^{ème} éd. Tome 2, Paris 1894, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard.
- REHBINDER Manfred
Urheberrecht, 16e éd. München 2010, C.H. Beck.
- SCHACK Haimo
Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6e éd. Tübingen 2013, Mohr Siebeck ; 7^{ème} éd. 2015.
- SCHRICKER Gerhard
Urheberrecht, Kommentar, 3e éd. München 2006, C.H. Beck.
- SCHRICKER Gerhard, LOEWENHEIM Ulrich
Urheberrecht, Kommentar, 4e éd. München 2010, C.H. Beck ; 5^{ème} éd. 2017.
- SCHULZE Reiner, ZULEEG Manfred, KADELBACH Stefan [éd.]
Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2e éd. Baden-Baden 2010, Nomos.
- SIRINELLI Pierre
Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Mémento, 2e éd. Paris 2004, Dalloz.
- SOLFI Nicolas
Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, Paris 1916, Giard & Brière.
- STECKLER Brunhilde
Grundzüge des IT-Rechts, das Recht der Datenverarbeitung und der Online-Dienste, 2e éd. München 2006, Franz Vahlen GmbH.
- STERIN Anne-Laure
Guide pratique du droit d'auteur, 2e éd. Paris 2011, Maxima Laurent du mesnil éditeur.
- STREINZ Rudolf
Europarecht, 8e éd. Heidelberg 2008, Müller.
- TAFFOREAU Patrick
Droit de la propriété intellectuelle, 1e éd. Gualino Editeur Paris 2004, coll. Fac Universités Manuels, 2e éd. 2007.
- TAFFOREAU Patrick [éd.]
Pratique de la propriété littéraire et artistique, Paris 2013, LexisNexis.
- TAFFOREAU Patrick, MONNERIE Cédric

Droit de la propriété intellectuelle, 3e éd. Paris 2012, Gualino.

VIVANT Michel [éd.]

Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, Paris 2003, Dalloz.

VIVANT Michel, BRUYIERE Jean-Michel

Droit d'auteur, Précis, 1e éd. Paris 2009, Dalloz, 2e éd. 2012.

WALTER Michel M. [éd.]

Europäisches Urheberrecht, Kommentar, Wien/New York 2001, Springer.

WALTER Michel M., LEWINSKI Silke von

European copyright law, a commentary, Oxford [e. a.] 2010, Oxford Univ. Press.

WANDTKE Artur-Axel, OHST Claudia

Medienrecht, Band 2 : Schutz von Medienprodukten, Berlin [e. a.] 2014, De Gruyter.

WANDTKE Artur-Axel [éd.]

Rechtsprechung zum Urheberrecht, Kurzkomentierung der wichtigsten BGH-Entscheidung, Berlin [e. a.] 2011, De Gruyter.

WANDTKE Artur-Axel, BULLINGER Winfried

Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3e éd. München 2009, C.H. Beck; 4e éd. 2014.

WIEN Andreas

Internetrecht, eine praxisorientierte Einführung, 2e éd. Wiesbaden 2009, Gabler, GWV Fachverlage GmbH.

II- Monographie, Theses, Ouvrages Speciaux

AMMANN Thorsten

Der Handel mit Second Hand-Software aus rechtlicher Sicht. Eine Betrachtung auf Grundlage des deutschen Rechts, Oldenburg 2011, Edewecht.

AUTEXIER Christian, FROMONT Michel, JOUANJAN Olivier, GREWE Constance (éds.)

Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, traduction 2014, Revue générale du droit, Fév 22, 2015.

BENABOU Valérie-Laure

Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire, Bruxelles 1997, Bruyant.

BERGE Jean-Sylvestre

La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle, Paris 1996, L.G.D.J., coll. Thèses, Bibliothèque de droit privé.

BOISSON Alexis

La licence de droit d'auteur, Paris 2013, LexisNexis, Bibliothèque de droit de l'entreprise.

BORNHAUSER Jonas

Anwendungsbereich und Beschränkung des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts im digitalen Kontext, Bern 2010, Stämpfli Publikationen AG.

BOUCHE Nicolas

Intellectual Property in France- 1 éd. 2011, Kluwer Law International; 2e éd. 2014.

BROGLIE, Gabriel de

Le droit d'auteur et l'internet, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, Paris 2001.

BRÜNING Angela

Aspects juridiques des banques de données en droit français, allemand, et communautaire, Paris XII 1998, thèse.

BÜLLESBACH Alfred, GIJRATH Serge, POULLET Yves, PRINS Corien

Concise European IP Law- 2^e éd. Alphen aan den Rijn 2010, Wolters Kluwer Law & Business.

CHIOU Theodoros

Streaming et droit d'auteur, Analyse des enjeux juridiques de la diffusion en streaming des œuvres protégées, sous la lumière du droit d'auteur français, Saarbrücken 2010, Editions universitaires européennes.

COLIN Caroline

Droits d'utilisation des œuvres, Bruxelles 2012, Larcier.

COLOMBET Claude

Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, approche de droit comparé, deuxième édition (première édition 1990), Paris 1992, Litec.

COTTIER Thomas,

Concise international and European IP Law, 1ère éd. 2008, Kluwer Law International.

COTTIER Thomas, VÉRON Pierre

Concise international and European IP law, 2e éd. Alphen aan den Rijn 2011, Wolters Kluwer Law & Business.

CRAIPEAU Nicolas

Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique, thèse en Co-Tutelle, Université de Nantes et de Salamanque, 2006.

DELIYANNI Els

Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble, Paris 1993, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.).

DEPENHEUER Otto, PEIFER Karl Nikolaus

Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungsmittel? Zustand und Entwicklung im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, Berlin, Heidelberg 2008, Springer.

DEPENHEUER Otto, PEIFER Karl Nikolaus

Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungsmittel? Zustand und Entwicklung im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, Berlin [e.a.] 2008, Springer.

DEPREEUW Sari
The Variable scope of the exclusive economic rights in Copyright, Wolters Kluwer, Law&Business, 2014, The Netherlands.

DERIEUX Emmanuel, GRANCHET Agnès
Lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI, Rueil-Malmaison 2010, Lamy, coll. axe droit.

DIETZ Adolf
Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Studie im Auftrag der Generaldirektion „Forschung, Wissenschaft und Bildung“ der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1978, Nomos.

DREIER Thomas
Kabelweiterleitung und Urheberrecht, eine vergleichende Darstellung, München 1991, C.H. Beck.

DREIER Thomas
Urheberrecht und digitale Werkverwertung: die aktuelle Lage des Urheberrechts im Zeitalter von internet und Multimedia, Gutachten, Bonn 1997, Friedrich-Ebert-Stiftung.

DREIER Thomas, BECKER Jürgen
Urheberrecht und digitale Technologie, UFITA- Schriftenreihe, hrsg. von Prof. Dr. Manfred Rehbinder, Institut für Urheber- und Medienrecht, Baden-Baden 1994, Nomos.

DREIER Thomas, HUGENHOLZ P. Bernt [éd.]
Concise European Copyright law, 1ère éd. Alphen aan den Rijn 2006, Kluwer Law International; 2e éd. 2016.

DREIER Thomas, VOGEL Rupert
Software- und Computerrecht, Frankfurt am Main 2008, Recht und Wirtschaft GmbH.

DUBARRY Julien
Le transfert conventionnel de propriété, essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand, (thèse non encore publiée, soutenue le 5 juillet 2013).

DUSOLLIER Séverine
Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres, Bruxelles 2005, Larcier, *Création, Information, Communication* ; 2e éd. 2007.

EECHOUD Mireille van, HUGENHOLZ P. Bernt, GOMPEL Stef van, GUIBAULT Lucie, HELBEGGER Natali
Harmonizing European Copyright Law, The Challenges of Better Law making, Alphen aan den Rijn 2009, Kluwer Law International.

ELLINS Julia
Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, von den Anfängen bis ins Informationszeitalter, Berlin 1997, Duncker & Humblot, *Schriften zum Europäischen Recht, Band 34*.

FAUCHOUX Vincent, DEPREZ Pierre

Le droit de l'internet, lois, contrats, usages, Paris 2008, LexisNexis Litec.

FREIWALD Sven

Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, Baden-Baden 2004, Nomos.

GALOPIN Benoît

Les exceptions à usage public en droit d'auteur, Paris 2012, LexisNexis, Le droit des affaires – propriété intellectuelle.

GANZHORN Marco

Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter, Frankfurt am Main : Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe Dissertation, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg 2015.

GEIGER Christophe

Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé, Paris 2004, LexisNexis Litec.

GEY Michael

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.d. §19a UrhG, Entwicklung, Regelungsumfang und ausgewählte Probleme aus der Praxis, Stuttgart, 2009, Boorberg.

GITTER Rotraud

Softwareagenten im elektronischen Geschäftsverkehr. Rechtliche Vorgaben und Gestaltungsvorschläge, Baden-Baden 2009, Nomos.

GOLDSTEIN Paul, HUGENHOLTZ P. Bernt

International copyright, principles, law and practice, 1ère éd, Oxford [e.a.] 2001, Oxford Univ. Press ; 2e éd. 2010.

GRONAU Nico

Europäisches Urheberrecht, Weiterer Harmonisierungsbedarf oder ein einheitliches Europäisches Urheberrechtsgesetz?, Hamburg 2010, Diplomica.

HAEDICKE Maximilian

Patente und Piraten: Geistiges Eigentum in der Krise, München 2011, C.H. Beck.

HANTSCHER Ines

Softwarekauf und –weiterverkauf. Zur Vertragsnatur und Erschöpfungswirkung körperlicher und unkörperlicher Übertragungsformen von Software, Berlin 2011, Duncker & Humblot.

HAURÖDER Thorsten

Urheberrechtliche Bewertung der peer-to-peer Netze unter besonderer Berücksichtigung sog. Musiktäuschbörsen, Berlin 2009, éd. Wissenschaftlicher Verlag.

HEINZMAMM Lisa

La titularité des créations en droit des brevets et en droit de la propriété littéraire et artistique. Une analyse comparative en droit allemand et français, Mémoire de Master 2 : sous la direction des Professeurs Michael Hakenberg (Trèves), Karl-Nikolaus Peifer (Cologne) et Thierry Lambert (Nancy), non publié, 2008.

HILTY Reto M., GEIGER Christophe [éd.]
Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts, Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog, Berlin [e. a.] 2007, Springer.

KARL Christof
Der urheberrechtliche Schutzbereich von Computerprogrammen, München 2009, C.H. Beck.

KLETT, Alexander R.
Urheberrecht im internet aus deutscher und amerikanischer Sicht, Baden-Baden 1998, Nomos.

KOCH Manuela
Die Auswirkung der digitalen Informationstechnologien auf die Schranken des Urheberrechts, Leipzig 2007, éd. Univ. Leipzig.

KOEHLER Philippe
Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München 200, C.H. Beck

KOOF Alexander
Senderecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Zeitalter der Konvergenz der Medien, Mohr Siebeck 2015.

KULPE Carmen
Der Erschöpfungsgrundsatz nach Europäischem Urheberrecht, Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der digitalen Übertragungsmöglichkeiten, Frankfurt am Main, Berlin [e.a.] 2012, Peter Lang, *Europäische Hochschulschriften* Bd. 5325.

KUR Annette, DREIER Thomas
European intellectual property law: text, cases and materials, Cheltenham [e.a.] 2013, Edward Elgar.

LA MOUREUX Edward Lee, BARON Steven L., STEWART Claire
Intellectual Property Law and Interactive Media, 2009, Free for a fee, New York, Peter Lang Publishing, Inc.

LAPOUSTERLE Jean
L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Paris 2009, Dalloz.

LARERE Brigitte
Le caractère exclusif des droits patrimoniaux en droit d'auteur et en droit voisins, thèse Paris-Sud XI, 2006.

LEIBLE Stefan [éd.]
Der Schutz des Geistigen Eigentums im internet, Tübingen 2012, Mohr Siebeck (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht).

LUCAS-SCHLOETTER Agnès
Droit moral et droits de la Personnalité, étude de droit comparé français et allemand, Aix-Marseille 2002, Presses Universitaires.

MACREZ Franck
Créations Informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits, Paris 2011, LexisNexis Litec, *Collection du CEIPI*, Université de Strasbourg.

MALCHER Arno

Personalisierte Webradios - Sendung oder Abruf: Die urheberrechtliche Einordnung internetbasierter Musikdienste am Beispiel personalisierter Webradios, Hamburg 2011, Dr. Verlag Kovac.

MARTIN Alban

L'âge du peer, Quand le choix du gratuit rapporte gros, Paris 2006, éd. Pearson Education France, Village Mondial.

MAZZIOTTI Giuseppe

EU Digital Copyright Law and the End-User, Berlin [e. a] 2008, Springer.

METZGER Axel

Extra legem, intra jus : Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 89), Tübingen 2009, Mohr Siebeck.

METZNER Michael

Die Auswirkung der Urheberrechtsnovelle 2003 auf Online-Übermittlung und Zugriff im Urheberrecht, Baden-Baden 2010, Nomos.

MOGEL Volker

Europäisches Urheberrecht, Wien 2001, Österreich, *Juristische Schriftenreihe*, Band 180.

MOYSE Pierre-Emmanuel

Le droit de distribution, analyse historique et comparative en droit d'auteur, Cowansville 2007, éditions Yvon Blais, une société thomson.

NERISSON Sylvie

La gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne : quelle légitimité ? Paris 2013, IRJS Editions.

NEUMANN Till

Urheberrecht und Schulgebrauch: Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsgrundlagen und der Wahrnehmungspraxis (Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht UFITA), Baden-Baden 1994, Nomos.

NGUYEN DUC LONG Christine

La numérisation des œuvres : Aspects de droits d'auteur et droits voisins, Paris 2001, Litec.

NGUYEN DUC LONG Christine

Les conséquences juridiques de la numérisation des œuvres de l'esprit, analyse en droit d'auteur et droits voisins, thèse, Univ. Paris XI, 1998.

NISATO Valentina

Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle, thèse de 2005 (en version non publiée), université d'Avignon.

NOLTE Georg

Informationsmehrwertdienste und Urheberrecht, Baden-Baden 2009, Nomos.

- OHLY Ansgar
„Volenti non fit iniuria“, Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002, Mohr Siebeck.
- PETIT Bruno
Introduction générale au droit, Grenoble 2015, Presse Universitaire de Grenoble.
- PIGNATARI Olivier
Le support en droit d’auteur, Bruxelles 2013, Larcier : *Création, Information communication*.
- PILA Justine, OHLY Ansgar
The Europeanization of intellectual Property law, Towards a European Legal methodology, Oxford U.K. 2013, Oxford Univ. Press.
- PINA AUTUNES DOS SANTOS David
Propriété intellectuelle et droit communautaire, contribution pour l’étude de l’épuisement des droits de Propriété Intellectuelle, thèse Paris II, 2002.
- POLLAUD-DULIAN Frédéric
Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d’auteur, Paris 1989, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 205.
- QUOY Nicolas
La contrefaçon par reproduction en droit d’auteur français et en droit comparé, thèse Paris II, 1998.
- RENOUARD Augustin-Charles
Traité des droits d’auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, Paris 1839, chez Jules Renouard et CIE, Libraires.
- REUSS Roland, RIEBLE Volker
Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit, Symposium Frankfurt, 15. Juli 2009, Frankfurt am Main 2009, Vittorio Klostermann GmbH.
- RIESENHUBER Karl [éd.]
Systembildung im Europäischen Urheberrecht, INTERGU-TAGUNG 2006, Berlin [e.a] 2006, De Gruyter, Schriften zum Europäischen Urheberrecht.
- SAMMER Günther
Der Öffentlichkeitsbegriff im Urheberrecht, Hamburg 2011, Verlag Dr. Kovac.
- SCHAEFER Matthias
Urheberrechtliche Rahmenbedingungen für Bildersuchmaschinen de lege lata und de lege ferenda, Marburg 2009, Tectum.
- SCHIPPAN Martin
Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von internet und digitaler Technologie, Eine Betrachtung aus deutscher Sicht, Baden-Baden 1999, Nomos.
- SCHRICKER Gerhard [éd.], DREIER Thomas, KATZENBERGER Paul, LEWINSKI Silke von, SCHRICKER Gerhard
Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1ère éd. Baden-Baden 1997, Nomos.

- SHERMAN Brad, WISEMAN Leanne
Copyright and the Challenge of the New, Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business.
- SIIRIANEN Fabrice
Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective, (thèse en co-direction, Paris-Sud XI et Nice-Sophia, Antipolis), 1999.
- SPRAVE Katharina
Die unbekannte Nutzungsart im neuen Urheberrecht, Eine Untersuchung über den Interessenausgleich im Urhebervertragsrecht, Hamburg, 2011, Dr. Kovac.
- STAMATOUDI Irini A.
Copyright Enforcement and the internet, Alphen aan den Rijn 2010, Kluwer Law International.
- STROWEL Alain, DERCLAYE Estelle
Droit d'auteur et numérique, Bruxelles 2001, Bruyant.
- STROWEL, Alain
Quand Google défie le droit, plaidoyer pour un internet transparent et de qualité, préface de Jean-Noël Jeanneney, Bruxelles, 2011, édition Larcier s.a.
- SUCKER, Reinhard
Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, Tübingen 2014, Mohr Siebeck.
- SYNODINOU Tatiana-Eleni
Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives, Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business.
- VÖLTZ Gregor
Die Werkwiedergabe im Web 2.0, Reformbedarf des urheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriffs, Gabler Verlag, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011.
- WEDEL Alexander
Die Infopaq-Entscheidung des EUGH: Schleichende Harmonisierung der Schutzvoraussetzung des Urheberrechts?, 2010, éd. online GRIN.
- WEKSTEIN Isabelle
Droits voisins du droit d'auteur et numérique, Paris 2002, LexisNexis Litec.
- WELP Kai
Die Auskunftspflicht von Access-Providern nach dem Urheberrechtsgesetz, München 2009, C.H. Beck.
- WIEBE Andreas
Die elektronische Willenserklärung, Kommunikationstheoretische und rechtsdogmatische Grundlagen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Tübingen 2002, Mohr Siebeck.
- WÜRFEL Christine
Europarechtliche Möglichkeiten einer Gesamtharmonisierung des Urheberrechts, Karlsruhe 2005, Universitätsverlag Karlsruhe.

ZOLYNSKI Célia

Méthode de transposition des directives communautaires, étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins, nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz 2007.

III- Articles, Chroniques, Melanges, Actes de Colloques

ACHILLEAS Philippe, BINET Laurent

Un an de régulation du marché des communications électroniques : CCE, mai 2012, n° 5, *Chronique*, p. 20 s.

ADOLPHSEN Jens, MUTZ Martina

Das Google Book Settlement: GRUR Int. 2009, 789 s.

AHLBERG Hartwig

Die Erschöpfung und das freie Recht der Vermietung und des Verleihs von Vervielfältigungsstücken nach §27 UrhG : GRUR 1985, 362 s.

ALLEAUME Christophe

La contractualisation des exceptions, la situation en France : PI, oct. 2007, n°25, Colloque, p. 436 s.

ALLEAUME Christophe

Le projet de loi « Création et internet » du 18 juin 2008 : PI, oct. 2008, n°29, p. 388 s.

ALMA-DELETTE Sophie

La nature juridique des droits de PI, in : *Propriété intellectuelle et droit commun*, BRUYIERE Jean-Michel [éd.], Aix-en-Provence 2007, PUAM, p. 25 s.

ALTERMAN Henri, PERBOST Fabrice

Wizzgo contrainte au mode arrêt : RJC, mai/juin 2009, n° 3, *Chronique, Droits des nouvelles technologies*, p. 193 s.

AMICO Thomas

Vers une quasi-neutralité de l'internet ? : CCE, octobre 2010, Alertes, Focus, p. 2 s.

ANDERSEN M.B.

Fonction d'harmonisation, in : *Regards sur les sources du droit d'auteur*, congrès ALAI, 18-21 septembre 2005, Paris, www.afpida.org, p. 331-338.

APEL Simon

Keine Anwendung der „Usedsoft“-Rechtsprechung des EuGH jenseits von Computerprogrammen – Eine Bestandsaufnahme zur Erschöpfung bei gebrauchten digitalen Gütern : ZUM 2015, 640-648.

ARFI Elise

La loi Hadopi et la suspension de la connexion à internet des entreprises, étude sur la responsabilité de l'entreprise pour contrefaçon ou négligence caractérisée : quelles répercussions internes ? : Légipresse, nov. 2010, n°277, *Chroniques et opinions*, p. 343 s.

ARMINGAUD Claude-Etienne, ROCHE Olivia

Arrêts Bluetoff et Svensson : les contenus sur internet se conjuguent à l'imparfait du subjonctif : RLDI, avril 2014, n°103, actualités éclairage, p. 9 s.

AUGAGNEUR Luc-Marie

Le projet de réforme du droit des contrats: le destin marqué de la transformation numérique : RLDI, Wolters Kluwer, p. 55-59.

AUROUX Jean-Baptiste

Rapport Olivennes : les grandes lignes de la loi DADVSI 2 ? : RLDI, déc. 2007, n°33, p. 53 s.

AUVRET Patrick

internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : CCE, déc. 2010, étude 23, p. 6 s.

AZZABI Zaïna

Arrêt Lévinas : quand le droit de divulgation contrôle l'exercice des droits patrimoniaux, in : RLDI, juillet 2010, n°62, actualités éclairage, p. 19 s.

AZZI Tristan

La loi du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé : CCE, Juillet-Août 2007, études, p. 7 s.

AZZI Tristan

La responsabilité des nouvelles plates-formes : éditeurs, hébergeurs ou autre voie ?, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec, p. 59 s.

AZZI Tristan

Le projet de code européen du droit d'auteur : une étrange idée, in : *Recueil Dalloz PLA*, 10 mai 2012, n°19, p. 1193 s.

AZZI Tristan, BENABOU Valérie-Laure, BENSAMOUN Alexandra, MARTIAL-BRAZ Nathalie, TREPPOZ Edouard, ZOLYNSKI Célia

Que penser du projet global européen du droit d'auteur ?, in : *Les Petites Affiches*, juin 2012, n°130, p. 55 s.

BÄCKER Kerstin, HÖFINGER Frank Michael

Online-Vertrieb digitaler Inhalte: Erstvertrieb, nachgelagerte Nutzungen und nachgelagerte Märkte : ZUM 2013, 623 s.

BÄCKER Kerstin

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 – Usedsoft II : ZUM 2014, 333 s.

BECHTOLD Stefan

Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search: GRUR 2010, 282 s.

BECKER Jürgen

Das Urheberrecht vor einem 3. Korb: Ausgewählte Handlungsfelder, Einführung zur Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 7. März 2008 : ZUM 2008, 361 s.

BECKER Maximilian

Weiterleitung von Fernsehprogrammen über internet-Seite (BGH, Urteil vom 22.4.2009): GRUR 2009, commentaires, 845 s.

BEGHE Stéphanie, COHEN-TANUGI Laurent

Droit d'auteur et copyright face aux technologies numériques, comparaisons transatlantiques : LEGIPRESSE, 1 janvier 2001, n°178, *chroniques et opinions*, p. 1 s.

BENABOU Valérie-Laure

La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire : CCE, oct. 2001, p. 8 s.

BENABOU Valérie-Laure

Le processus d'harmonisation communautaire du droit d'auteur : J.-Cl. PLA, Fasc. 1840, 2003.

BENABOU Valérie-Laure

Patatras ! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 : PI, juillet 2006, n°20, p. 240 s.

BENABOU Valérie-Laure

De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques : PI, oct. 2007, n°25, Colloque, p. 423 s.

BENABOU Valérie-Laure

Les nouveaux modes de mise à disposition des œuvres in Les amateurs- Création et partage de contenus sur internet : nouveaux défis juridiques, actes du FORUM Légipresse du 4 octobre 2007, in : LEGICOM, janvier 2008, n°41, p. 85 s.

BENABOU Valérie-Laure

Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage : RLDI, Août-Septembre 2009, n°52, p. 63 s.

BENABOU Valérie-Laure

Radiodiffusion par satellite –Directive 93/83/CEE – Droit exclusif de l'auteur d'autoriser la communication de ses œuvres – acte de communication au public par satellite- imputabilité- Fournisseur de bouquets de chaînes de télévision satellitaires : PI, janv. 2012, n°42, *chroniques*, p. 43 s.

BENABOU Valérie-Laure

Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes , in : PI, avril 2012, n°43, p. 140 s.

BENABOU Valérie-Laure

Droit de communication au public - Directive 2001/29 – Non représentation « présentielle » : PI, oct. 2012, n°45, *chroniques*, p. 428 s.

BENABOU Valérie-Laure

Notion de communication au public- droit à rémunération équitable : PI, oct. 2012, n°45, *chroniques*, p. 429 s.

BENABOU Valérie-Laure

Actualité jurisprudentielle de l'Union européenne, Droits patrimoniaux : PI, janv. 2013, n°46, Chroniques, p. 82 s.

BENABOU Valérie-Laure

Droit de communication au public-Explicitation de la notion- Rediffusion : PI, janv. 2013, n°46, chroniques, p. 83 s.

BENABOU Valérie-Laure

Définition du droit de communication au public- Lien cliquable- Compétence des Etats-membres. Demande de décision préjudicielle présentée par Svea Hovrätt (Suède), 18 octobre 2012 ; aff.C-466/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Pia Gadd et Madeleine Sahlman c/ Retriever Sverig : PI, Janvier 2013, n°46, p. 82 s.

BENABOU Valérie-Laure

Droits patrimoniaux-Communication au public- télévision connectée- Responsabilité de la transmission : PI, avril 2013, n°47, p. 208 s.

BENABOU Valérie-Laure

Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public, publié sur Juriscom.net, le 15 février 2014.

BENABOU Valérie-Laure

Codification de la propriété intellectuelle 1992-2012...: Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI, Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) à Paris, le 28 nov. 2012, Paris 2014, LexisNexis, p. 141 s.

BENABOU Valérie-Laure, GAULLIER Florence

L'arrêt Meltwater de la CJUE, fonte ou refonte des droits d'auteur?, in : Légipresse, n°320, Octobre 2014, p. 539-550.

BENSAMOUN Alexandra

La copie privée : victoire ou défaite du droit d'auteur ?, in : La propriété littéraire et artistique en quête de sens, à l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C, 26 mars 2009 : RLDI, supplément au n°49, mai 2009, p. 21 s.

BENSAMOUN Alexandra

Réflexions sur la jurisprudence de la CJUE: du discours à la méthode, colloque en l'honneur du Prof. André Lucas PI, n°55, avril 2015, p. 139-142.

BENSINGER Viola

BGH: Vorlagebeschluss zur Kabelweiterlegung im Sendegebiet- „Breitbandkabel“, Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.08.2012, I ZR 44/10 : GRUR Prax 2012, 461 s.

BENTLY Lionel

Fonction de création, in : Regards sur les sources du droit d'auteur, congrès ALAI, 18-21 septembre 2005, Paris, www.afpida.org, p. 345-365.

BERGE Jean-Sylvestre

Droit international et européen : J.-Cl. PLA, Fasc. 1920, 2009.

- BERGER Christian
Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie : GRUR 2002, 198-203.
- BERGER Christian
Verträge über unbekanntes Nutzungsarten nach dem „Zweiten Korb“ : GRUR 2005, 907 s.
- BERGER Christian
Aktuelle Entwicklung im Urheberrecht- Der EuGH bestimmt die Richtung : ZUM 2012, 353 s.
- BERGUIG Matthieu
L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? : RLDI, Juillet 2010, n°62, actualités éclairage, p. 34 s.
- BERGUIG Matthieu
Propriété intellectuelle, les tablettes : révolution des usages, (r)évolution des droits de propriété intellectuelle ? : RLDI, mai 2011, n°71, p. 82 s.
- BERNAULT Carine
Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, propos introductifs, colloque en l'honneur du Prof. André Lucas : PI, n°55, avril 2015, p. 119-124.
- BERNAULT Carine
Remake, sequel, prequel, spin off: regard sur le droit d'auteur et les exploitations „secondaires“ des oeuvres audiovisuelles : CCE, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, études, novembre 2014, p. 11-16.
- BERNAULT Carine
Magnétoscope en ligne et droit d'auteur. Plaidoyer pour la théorie de l'évolution : RLDI, oct. 2008, n°42, p. 8 s.
- BERNAULT Carine
Contrefaçon et étendue du droit d'auteur : J.-Cl. PLA, Fasc. 1267, 2004.
- BERNHARD Jochen, NEMECZEK Heinrich
Grenzüberschreitende Fußballübertragungen im Lichte von Grundfreiheiten, geistigem Eigentum und EU-Wettbewerbsrecht, Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 (Football Association Premier League Ltd. u.a.): GRUR Int 2012, 293 s.
- BEURSKENS Michael, KAMOCKI Pawel, KETZAN Erik
Les autorisations tacites – une révolution silencieuse en droit d'auteur numérique. Perspectives étasuniennes, allemande et française : RIDA, oct. 2013, n° 238, p. 3-111.
- BIEHLER Manuel, APEL Simon
Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 15. Mai 2014- I-22 U 60/13 Keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei per Download vertriebenen Hörbüchern : ZUM 2014, 727.
- BITAN Hubert
Mesures techniques de protection, consommateur et Haute autorité : RLDI, octobre 2007, n°31, p. 73 s.

BITAN Hubert

La loi DADVSI, ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique : RLDI, juillet 2007, n°29, p. 64 s.

BITAN Hubert

Le droit des bases de données, Entre droit d'auteur et droit sui generis : PI, avril 2008, n°27, p. 164 s.

BITAN Hubert

Premières observations sur le projet de loi « Création et internet » : RLDI, juillet 2008, n°40, p. 51 s.

BITAN Hubert

Les mesures techniques de filtrage, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec.

BISGES Marcel

Ökonomische Analyse des Urheberrechts : ZUM 2014, 930-938.

BLANC Nathalie

CJUE et épuisement des droits : nouvel épisode, Cour de justice de l'Union européenne, 22 janvier 2015, Art&Allposters International BV c/ Stichting Pictoright, Légipresse, n°327, Mai 2015, p. 284-290.

BLASEK Katrin

Kostenfallen im internet-ein Dauerbrenner : GRUR 2010, 396 s.

BOEHME-NEBLER Volker

Vertrauen im internet –Die Rolle des Rechts : MMR 2009, 439 s.

BOUBEKEUR Iliana

De la «loi Hadopi» à la «loi Hadopi2» Analyse de la décision du Conseil constitutionnel 2009-580 DC et de ses conséquences : RLDI, juillet 2009, n°51, p. 107 s.

BOUCHET-LE MAPPIAN Emilie

La Société Copie France devant le juge judiciaire : qui est en copie cachée ? : RLDI, févr.2012, n°79, p. 11 s.

BOUCHET-LE MAPPIAN Emilie

De la vocation de notre temps pour les Codes. Commentaire d'une proposition doctrinale allemande de loi pour la propriété intellectuelle : PI, avril 2013, n°47, p. 138 s.

BOURDAROT Magali

Présentation du label IDéNum : CCE, avril 2010, alertes, veille, p. 3.

BOURDAROT Magali

Installation d'un groupe d'experts sur la définition de « la neutralité du Net » : CCE, mai 2010, alertes, veille, p. 3.

BOURDAROT Magali

CNIL, *Lettre adressée à Google et autres acteurs d'internet sur le respect des lois* : CCE, juin 2010, alertes, veille, p. 3.

BOYTHA György

Nutzungsorientierte Entwicklung im internationalen Urheberrecht : GRUR Int. 1973, 247 s.

BRADLEY Clive von

Die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in digitaler Form und die Rolle der Bibliotheken: ZUM 1997, 553 s.

BRUGUIERE Jean-Michel

Propriété intellectuelle et choses communes, in : *Propriété intellectuelle et droit commun*, BRUGUIERE Jean-Michel [éd.], Aix-en-Provence 2007 : PUAM, p. 39 s.

BRUGUIERE Jean-Michel

Propos introductifs – Propriété intellectuelle : tendances régressives et pratiques progressives, in : *Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle*, journée d'études JC-RDST à Grenoble le 30 septembre 2011 : RLDI, décembre 2011, supplément au n°77, p. 5 s.

BRUGUIERE Jean-Michel

Projet de loi Allemand- Proposition de loi française-Editeurs de presse- Droit d'autorisation de l'indexation des contenus de presse- agrégateurs d'actualité : PI, janvier 2013, n°46, p. 70 s.

BRUGUIERE Jean-Michel

Droits patrimoniaux, Communication publique-Oeuvre radiodiffusée, Chronique : PI, avril 2014, n°51, p. 163-165.

BRUGUIERE Jean-Michel

Défense des droits - Mesures techniques – Jeux vidéo-Protection des mesures techniques-Proportionnalité des mesures : PI, Avril 2014, n°51, p. 176 s.

BRUGUIERE Jean-Michel

Monopole de la société de gestion collective- Atteinte à la libre prestation de services et à la concurrence - Tarifs plus élevés que les sociétés établis dans les autres Etats membres- Abus de position dominante : PI, avril 2014 N°51, p. 172 s.

BRUGUIERE Jean-Michel

Liens hypertextes –Framing– Communication au public (non), Bestwater, Chroniques : PI, janvier 2015, N°54, p. 51-53.

BRUGUIERE Jean-Michel, MALLET-POUJOL Nathalie, ROBIN Agnès [éd.]

Propriété intellectuelle et droit commun, Aix-en-Provence 2007, PUAM.

BULLINGER Winfried, WÖHRN, Kirsten-Inger, GRUNERT, Eike W., OHST, Claudia [éds.]

Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag, 2013, Berlin, 2013, de Gruyter.

BULLINGER Winfried, GARBERS von BOEHM Katharina

Google-Bildersuche- Schlichte Einwilligung des Urhebers als Lösung? In GRUR-Prax 2010, 257 s.

BUYDENS Mireille, DUSOLLIER Séverine

Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses : CCE, sept. 2001, p. 10 s.

BUSCH Thomas

Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten : GRUR 2011, 496 s.

BUSSEUIL Guillaume

La libre circulation des contenus numériques entre accès et consentement: les précisions de la CJUE en matière de respect des droits de propriété intellectuelle : RLDI, Numéro 105, Juin 2014, p. 12-19.

CABAY Julien

L'épuisement en ligne du droit d'auteur- Pérégrinations le long des frontières américaines et européennes du droit de distribution : Auteurs&Media, 2013/5, p. 303 s.

CANDE Patrice, MARCHAIS Guillaume

La loi n°2007-1549 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : une harmonisation bienvenue des moyens de lutte contre la contrefaçon : PI , janv. 2008, n°26, Doctrine, p. 52 s.

CAPRIOLI Eric A.

La signature électronique dans les communications par voie électronique en matière de procédure civile (Signature électronique) : CCE, juillet-août 2010, Commentaires, p.42.

CAPRIOLI Eric A.

Publication d'une proposition de directive européenne concernant la sécurité des réseaux et de l'information (SRI) : CCE, avril 2013, Commentaires, p. 45 s.

CAPRIOLI Eric A.

Système de traitement automatisé de données, sécurité de l'information : CCE, Juin 2008, p. 45 s.

CAPRIOLI Eric A

Jeux en ligne et sécurité informatique : CCE, juillet-août 2010, n°79, p. 39 s.

CARON Christophe

La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen : CCE, mai 2001, p.20 s.

CARON Christophe

Nouvelle rencontre du contrefacteur, de l'hyperlien et du fichier MP3, note sous arrêt, TGI Epinal, ch. corr., 24 oct. 2000, Ministère public et SSCP c/ Conraud : CCE, décembre 2000, p. 19 s.

CARON Christophe

Les liens hypertextes entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale, note sous arrêt, T.com. Paris, 26 déc. 2000, Sté Havas numérique et al. c/Sté Keljob SA : CCE, mars 2001, p. 21 s.

CARON Christophe

La loi du 1^{er} août 2006 dans tous ses états : CCE, nov. 2006, repère, p. 1.

CARON Christophe

Droit de la propriété intellectuelle : JCP, la semaine juridique, édition générale, janvier 2007, n°1-2, Doctrine chronique, p. 23 s.

CARON Christophe

Le projet de loi création et internet, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec, p. 93 s.

CARON Christophe

La lutte contre la contrefaçon sur internet dans les lois HADOPI I et II, (droit d'auteur) : CCE, janvier 2010, commentaire, p. 24 s.

CARON Christophe

Télédiffusion d'œuvres dans les chambres d'hôtels : mise au point de la Cour de cassation : Semaine juridique édition générale n°7, février 2010, note sous arrêt n° 180.

CARON Christophe

Respect du droit d'auteur dans les chambres d'hôtel : point final ! : CCE, mars 2010, Commentaires 22.

CARON Christophe

Les photographies aériennes sont-elles protégeables ? : CCE, mai 2010, commentaire 45, p. 22 s.

CARON Christophe

Hadopi est en marche ! CCE, septembre 2010, repère 8.

CARON Christophe

La mouche de l'internet : CCE, décembre 2010, repère 11.

CARON Christophe

Droit d'auteur, la limite de l'accessoire consacrée avec un nouveau fondement : CCE, Juillet-août 2011, n° 7/8, Commentaires, p. 21 s.

CARON Christophe

Les multiples apports de l'arrêt Premier League à la propriété intellectuelle : CCE, décembre 2011, n°12, Commentaire 110.

CARON Christophe

Exception de parodie : CCE, janvier 2012, Commentaires, p. 36 s.

CARON Christophe

Un nouveau cadre légal pour la rémunération pour copie privée : CCE, février 2012, commentaires, p. 22 s.

CARON Christophe

Droit d'auteur de l'Union européenne : des photographies et des exceptions : CCE, mars 2012, commentaire, p. 26 s.

CARON Christophe

L'originalité de la base de données en droit de l'Union européenne : CCE, mai 2012, p. 26 s.

CARON Christophe

Le dentiste et l'hôtelier confrontés à la rémunération équitable : CCE, mai 2012, n°5, commentaires 48, p. 27 s.

CARON Christophe

La retransmission d'œuvres par internet doit être autorisée : CCE, mai 2013, p. 25 s.

CARON Christophe

Deux questions importantes tranchées par la Cour de Cassation : CCE, mai 2013, p. 28 s.

CARON Christophe

Une cession de droits antérieure à la loi du 11 mars 1957 peut-elle englober le droit d'exploitation numérique ? CCE, juillet-août 2013, p. 29 s.

CARON Christophe

Important arrêt sur l'épuisement du droit de divulgation : CCE, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, février 2014, p. 30-32.

CARON Christophe

Important arrêt sur les liens hypertextes : CCE, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, avril 2014, p. 30-31.

CARON Christophe

L'apport d'un établissement thermal au droit de communication au public et à la gestion collective des droits : CCE, Commentaires, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, juin 2014, p. 28-29.

CARON Christophe

N'est pas contrefacteur l'internaute qui se contente de consulter un site internet ! CCE, Commentaires, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, septembre 2014, p. 27-28.

CARRE Stéphanie

La qualification des modes d'exploitation en ligne des œuvres, in : *Propriété intellectuelle et droit commun*, BRUGUIERE Jean-Michel [éd.], Aix-en-Provence 2007 : PUAM, p. 365 s.

CARRE Stéphanie

Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union, in : *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, Christophe Geiger [éd.], Paris 2013, Collection du CEIPI, n°60, LexisNexis, p. 1 s.

CARRE Stéphanie, VERCKEN Gilles

Google et la fortune du droit d'auteur, in *Mélanges Lucas*, p. 119 s.

CASTELAIN Jean, CARON Christine

Commentaire de l'arrêt de la CJUE du 27 février 2014, „Arrêt OSA“ : RLDI, Numéro 105, Juin 2014, p. 63-68.

CASTENDYK Oliver

Senderecht und internet, in : *Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für U. Loewenheim*, HILTY Reto M., DREXL Josef, NORDEMANN Wilhelm [éd.], München 2009, C.H. Beck, p. 31 s.

CASTESTS-RENARD Céline

Protection du droit d'auteur confrontée aux droits fondamentaux : point trop n'en faut ! : RLDI, février 2012, n°79, p. 6 s.

CASTETS-RENARD Céline

L'interprétation autonome et systémique du droit d'auteur européen par la CJUE : et maintenant ? : RLDI, mai 2013, n°93, p. 10 s.

CASTETS-RENARD Céline

La production des producteurs de bases de données contre l'extraction des données par un logiciel : RLDI, janvier 2010, n°56, actualités éclairage, p. 6 s.

CASTETS-RENARD Céline

Hébergeur, encore et toujours... : RLDI, février 2010, n°57, actualités éclairage, p. 12 s.

CASTETS-RENARD Céline

Compétence des juridictions françaises : pas d'ubiquité sur l'internet : RLDI, mars 2010, n°58, actualités éclairage, p. 29 s.

CASTETS-RENARD Céline

La décision Tiscali Média : un coup d'arrêt de la jurisprudence su les hébergeurs ? : RLDI, mars 2010, n°58, perspectives réflexions croisées, p. 66 s.

CASTETS-RENARD Céline

Système adwords : Google n'est ni contrefacteur ni complice d'actes de contrefaçon : RLDI, juin 2010, n°61, actualités éclairage, p. 9 s.

CASTETS-RENARD Céline

Système adwords de Google : la Cour de cassation suit sans surprise la CJUE : RLDI, août-septembre 2010, n°63, actualités éclairage, p. 15 s.

CASTETS-RENARD Céline

La réforme du droit d'auteur en Europe : vers un code européen ?, in : Recueil Dalloz, 12 avril 2012, n°15, point de vue, p. 955 s.

CASTETS-RENARD Céline

Le formalisme informatif en droit européen du commerce électronique : RLDI, décembre 2012, n°88, p. 6 s.

CASTEX Lucien

Encadrer une bibliothèque numérique : de sa construction à son exploitation : RLDI, décembre 2010, n°66, p. 84 s.

CASTEX Lucien

De l'exploitation des images dans le cadre d'un service de recherche sur internet : RLDI, mai 2011, n°71, p. 61 s.

CATELAN Nicolas

La protection pénale à la lumière des « lois Hadopi » : Glose autour des lois « Hadopi », dossier spécial HADOPI : RLDI, janvier 2011, n°67, p.81 s.

CAYRON Jocelyne, ALBARIAN Alexis

Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne : Légicom, 1 février 2006, n°36, p. 117 s.

CERVETTI Pierre-Dominique

Présentation générale, Glose autour des lois « Hadopi » : RLDI, janvier 2011, n°67, dossier spécial Hadopi, p. 65 s.

CERVETTI Pierre-Dominique

Présentation générale : Glose autour des lois « Hadopi ». ..dossier spécial HADOPI : RLDI, janvier 2011, n°67, p. 66.

CERVETTI Pierre-Dominique

Pour un droit d'auteur pédagogique : l'adaptation du droit à son public, in : Glose autour des lois « Hadopi ». ..dossier spécial HADOPI : RLDI, janvier 2011, n°67, p. 69 s.

CHANTEPIE Philippe

Le dilemme numérique sous l'éclairage de l'analyse économique : PI, avril 2006, n°19, p. 136 s.

CHANTEPIE Philippe

Éléments d'économie du Web 2.0 : interfaces, bases de données, plates-formes : PI, juillet 2007, n°24, p. 285 s.

CHANTEPIE Philippe

Economie du Web 2.0 : économie de contrefaçon ou de nouvelles gratuités ?, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec.

CHATRY Sylvain

Arrêt OSA: entre droit d'auteur et droit de la concurrence : RLDI, Numéro 105, Juin 2014, p. 69-72.

CHAVENT-LECLERE Anne-Sophie

La responsabilité pénale à la lumière des « lois Hadopi » : Glose autour des lois « Hadopi », dossier spécial HADOPI : RLDI, janvier 2011, n°67, p. 79 s.

CHERIGNY Florence

Clauses d'exclusivités territoriales de retransmission télévisée des matchs de football : la Cour de justice de l'Union européenne sort le carton rouge : la semaine juridique-entreprise et affaires, n°28-29, juillet 2012, p. 37.

CHERON Antoine

De la preuve à l'action en contrefaçon, le regard de l'avocat, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec.

CHERPILLOD Y.

Droit d'auteur/ Droit économique : conflit ou convergence ?, in : Regards sur les sources du droit d'auteur, congrès ALAI, 18-21 septembre 2005, Paris, www.afpida.org, p. 497-513.

CICHON Caroline

Weiterverkauf lizenzierter Computersoftware – „Used Soft“: GRUR-Prax 2011, 172 s.

CLEMENT-FONTAINE Mélanie

Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? In PI, janvier 2008, n°26, p. 69 s.

CLEMENT-FONTAINE, Mélanie

L'œuvre libre : J.-Cl. PLA, Fasc. 1975, 2009.

COLOMBET Claude

Propriété littéraire et artistique. Droits d'exploitation. Droit de représentation. Hôtel. Clients. Télévision. Programmes. Transmission. Œuvres audiovisuelle. Public. Cass. 1^{re}. CIV., 6 avril 1994 : Recueil Dalloz Sirez, 1995, 7^e. Cahier- Sommaires commentés, p. 57.

CONRAD Albrecht

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 16. August 2012 (I-ZR 44/10): ZUM 2012, 891 s.

CORBET Jan

Chronique de Belgique : RIDA, janvier 2009, n°219, p. 103 s.

CORDIER Gaëtan

Le contrat d'exploitation de base de données : CCE, juin 2008, fiche pratique, p.47 s.

CORDIER Gaëtan, LABARRE Katherine

L'affaire « Google Books » : l'occasion d'une réflexion franco-américaine sur la compétence des tribunaux français en matière de délits complexes : RLDI, novembre 2010, n°65, *Perspective études*, p. 62 s.

CORNELIUS Kai

Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten : MMR 2002, 353 s.

CORNISH, William R.

Copyright Across the Quarter-Century : IIC 1995, p. 801-812.

CORNU Marie

A propos des productions intellectuelles de la recherche, entre logique privative et nécessités publiques : PI, juillet 2006, n°20, p. 270 s.

COSTES Lionel

Magnétoscope numérique en ligne : nouvelle condamnation de la société Wizzgo pour contrefaçon : RLDI, 1 janvier 2008, n°44, p. 20 s.

COSTES Lionel

Droit de la propriété intellectuelle et internet : RLDI, février 2008, n°35, questions d'actualité, p. 88.

COSTES Lionel

Magnétoscope numérique online : rejet de l'exception de copie privée : RLDI, 1. août 2008, n°41, p. 28 s.

COSTES Lionel

Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? : RLDI, mai 2009, supplément au n°49, p. 3.

COSTES Lionel

La société Google condamnée pour contrefaçon de droit d'auteur : RLDI, janvier 2010, n°56, actualités, p. 27 s.

COSTES Lionel

Peer-to-peer et téléchargement illicite de fichiers musicaux : RLDI, mars 2010, n°58, actualités, p. 15 s.

COSTES Lionel

A propos de la responsabilité d'un agrégateur de blogs : RLDI, mars 2010, n°58, actualités éclairage, p. 43 s.

COSTES Lionel

Service « Adwords » de Google : la lecture de la Cour de cassation, et la Condamnation de huit fournisseurs d'accès internet à bloquer un site de jeux en ligne non agréé par l'Arjel : RLDI, août-septembre 2010, n°63.

COSTES Lionel

Liens hypertextes et mise à la disposition du public de programmes de télévision, Contenu illicite et responsabilité de l'hébergeur : RLDI, août-septembre 2010, n°63, créations immatérielles, actualités, p. 36 s.

COSTES Lionel

Hadopi : publication du dernier décret d'application : RLDI, août-septembre 2010, n°63, créations immatérielles, actualités.

COSTES Lionel

Courriels d'avertissement de l'HADOPI : publication du décret : RLDI, novembre 2010, n°65, actualités, p. 27 s.

COSTES Lionel

Confirmation du rejet de l'action introduite par la société Métropole Télévision à l'encontre des sites de télévision de rattrapage, observations sous arrêt partiellement reproduit, CA Paris, pôle 5, ch. 1, 27 avril 2011, Sté Monopole Télévision et a. c/ Sté SBDS Active : RLDI, juin 2011, n°72, actualités, p. 25 s.

COSTES Lionel

Créations immatérielles, Pas d'exception de copie privée sans compensation équitable ! : RLDI, juillet 2011, n°73, p. 25 s.

COUARD Julien

Facebook est un prestataire technique de services de communication au public en ligne assimilable à un hébergeur de sites : RLDI, octobre 2010, n°64, actualités éclairage, p. 36 s.

COUARD Julien

Interview d'un praticien : Glose autour des lois « Hadopi », dossier spécial HADOPI : RLDI, janvier 2011, n°67, p. 67 s.

COULAUD Mathieu, MARIEZ Jean Sébastien

L'évolution de la protection des oeuvres sur les réseaux numériques ou le choix du mode contractuel : RLDI, janvier 2008, n°34, étude, p. 53.

COULAUD, Mathieu
CJUE, 3 juillet 2012, *Usedsoft GmbH c/Oracle International Corp* (affaire C-128/11) : RLDI, août-septembre 2012, n°85, p. 129 s.

CZYCHOWSKI Christian
„Wenn der dritte Korb aufgemacht wird...“ – Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft: GRUR 2008, 586 s.

CZYCHOWSKI Christian
BGH: Google-Thumbnails sind urheberrechtlich zulässig : GRUR-Prax 2010, commentaires, 251 s.

CZYCHOWSKI Christian
AGB Kontrolle von umfassenden Nutzungsrechtsklauseln, die sog. Zweckübertragungslehre und das urheberrechtliche Vergütungsrecht, in: *Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag*, BULLINGER Winfried e. a. [éds.], Berlin, 2013, de Gruyter, p. 151 s.

CZYCHOWSKI Christian
Erschöpfung des Verbreitungsrechts an Computerprogramm-Kopien : GRUR-Prax 2015, 302 s.

CZYCHOWSKI Christian, NORDEMANN Jan Bernd
Die Entwicklung der unter-und obergerichtlichen Rechtsprechung zum Urheberrecht in den Jahren 2010 und 2011 (Teil II) : GRUR-RR 2012, 233 s.

CZYCHOWSKI Christian, NORDEMANN Jan Bernd, WAIBLINGER Julian
Die Entwicklung der unter-und obergerichtlichen Rechtsprechung zum Urheberrecht im Jahr 2012 : GRUR-RR 2013, 313 s.

CZYCHOWSKI Christian, NORDEMANN Jan Bernd
Die Entwicklung der unter- und obergerichtlichen Rechtsprechung zum Urheberrecht im Jahr 2014 : GRUR-RR 2015, 185-197

DAHAN Véronique, BOUFFIER Charles
Arrêt Painer du 1^{er} décembre 2011 : la CJUE poursuit son œuvre d'harmonisation du droit d'auteur : RLDI, mars 2012, n°80, p. 14 s.

DAVERAT Xavier
Communication et créations intellectuelles : petites affiches, 2 septembre 2008, n°176, chronique n° XX XIV, p. 1 s.

DAVERAT Xavier
Un an de droit de la musique : CCE n°4, avril 2012, chronique 4, p. 15 s.

DE OLIVEIRA ASCENSÃO José
La liberté d'établir des hyperliens, in : *Urheberrecht, Gestern- Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 289 s.

DE WERRA M. Jacques
La propriété intellectuelle confrontée aux réseaux : Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI, *Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) à Paris*, le 28 novembre 2012, Paris 2013, LexisNexis, p. 51 s.

DE BEER Jeremy, BURRI Mira

Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada, E.I.P.R., Issue 2, 2014, Thomson Reuters UK Limited and Contributors, p. 95-105.

DEBET Anne

Google suggest : la cour d'appel à la recherche d'un équilibre entre liberté d'expression et nécessité d'information des internautes, (Moteur de recherche) : CCE, mai 2010, commentaire 49, p. 30 s.

DEBET Anne

Le screen scraping des agences en ligne validé par le TGI : CCE, septembre 2010, Commentaire 87, p. 38 s.

DEBET Anne

Affaire Hermès contre eBay : confirmation de la condamnation de la plate-forme en appel : CCE, octobre 2010, commentaires 96, p. 25 s.

DEBET Anne

Affaire Google Street View : une sanction exemplaire... mais quelles suites ? : CCE, janvier 2012, étude, p. 7 s.

DEBET Anne

L'affaire Zeturf devant la CJUE : CCE, janvier 2012, commentaires, p. 45 s.

DECOCQ Georges

Le pay per view est de la quasi vidéo à la demande : CCE, juillet 2005, n°7, commentaire 120.

DELLEBEKE Marcel [éd.]

Le droit d'auteur en cyberspace, le droit d'auteur et l'infrastructure mondiale de l'information, Journées d'étude de l'ALAI à Amsterdam, 4-8 juin 1996, Amsterdam 1997, Cramwinckel.

DELZANNO Clémentine

La bataille Hadopi : RLDI, janvier 2010, n°56, p. 87 s.

DERCLAYE Estelle

The Court of Justice Copyright Case law: Quo vadis? : E.I.P.R., Issue 6, 2014, Thomson Reuters UK Limited and Contributors, p. 716-723.

DERIEUX Emmanuel

Entre esprit libertaire et nécessaire réglementation, à propos de la neutralité de l'internet : un atout pour le développement de l'économie numérique : RLDI, octobre 2010, n°64, actualités éclairage, p. 6 s.

DERIEUX Emmanuel

Le livre à l'ère numérique, questions juridiques sans réponses : RLDI, mai 2010, n°60, p.80 s.

DERIEUX Emmanuel

Filtrage par les FAI- Opposition aux obligations générales de filtrage imposées aux fournisseurs d'accès à internet : RLDI, janvier 2012, n°78, Perspectives réflexions croisées, p. 61 s.

DERIEUX Emmanuel

Régulation de l'internet : libertés et droits fondamentaux : RLDI, janvier 2012, n°78, p. 92 s.

DERIEUX Emmanuel

Lien hypertexte et droit d'auteur, Conditions dans lesquelles un lien hypertexte constitue, ou non, une communication au public nouvelle soumise à autorisation des titulaires de droits : RLDI, dans *Actualités, éclairage, créations immatérielles*, Numéro 102, Mars 2014, p. 9-12.

DERIEUX Emmanuel

Rémunération pour copie privée de phonogrammes et de vidéogrammes, validation de décisions prises par la commission compétente (CE, 10^e et 9^e ss-sect. Réunies, 19 nov. 2014, n°358.734 et n°366.322 : RLDI 2014/110, n°3625), : RLDI, Numéro 111, Janvier 2015, p. 8-10.

DESHAYES Béatrice, REINHOLD Danny

L'inconstitutionnalité des dispositions allemandes relatives à la conservation des données de connexion (données à caractère personnel) : CCE, Déc. 2010, étude 24, p. 10 s.

DESURMONT Thierry

Qualification juridique de la transmission numérique : RIDA 1996, n°170, p. 55.

DESURMONT Thierry

La transposition en France de la directive 2001/29/CE sur l'Harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : RIDA, octobre 2006, p. 111-183.

DIETRICH Nils

Anmerkung zum Beschl. V. 21.10.2014 (Rechtssache C-348/13, Bestwater), Keine öffentliche Wiedergabe durch Einbettung eines geschützten Werkes in Website durch internet-Link und Framing- BestWater International/Mebes und Potsch : GRUR Int. 2014, 1160-1163.

DIETZ Adolf

La place du droit d'auteur dans la hiérarchie des normes : la question constitutionnelle in: *Regards sur les sources du droit d'auteur, congrès ALAI, 18-21 septembre 2005, Paris, www.afpida.org*, p. 43-55.

DIETZ Adolf

Zum Verhältnis von Verbreitungsrecht und Vermietrecht im nationalen, internationalen und europäischen Urheberrecht, in: *Homenaje a A. Bercovitz. Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, 2. Aufl., Grupo Español de la AIPPI, Barcelona 2005, p. 383 - 394.

DOMBROWSKI Jan, CONRAD Albrecht

Study Question (Copyright) 2016 — Linking and making available on the Internet : GRUR Int. 2016, 791.

DORMONT Sarah

La propriété intellectuelle au service de l'intérêt général : Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle, journée d'études JC-RDST à Grenoble le 30 septembre 2011 : RLDI, décembre 2011, supplément au n°77, p. 47 s.

DORMONT Sarah

La liberté de créer un lien hypertexte, Commentaire de l'arrêt CJUE, 13 février 2014, Svensson c/ retriever Sverige AB : PI, juillet 2014, n°52, p. 234s.

DORMONT Sarah

La mise en œuvre de la jurisprudence européenne sur le lien hypertexte par la Cour d'appel de Paris, observations sous Cour d'appel de Paris (pôle 5, ch. 1), 2 février 2016, n°14/20444, SAS Playmédia c/ SA France Télévisions, Dalloz IP/IT 2016, p.196 s.

DREIER Thomas

L'analogie, le digital et le droit d'auteur : PI, Mél. Françon, Dalloz 1995, p. 119 s.

DREIER Thomas

Sachfotografie, Urheberrecht und Eigentum in : *Urheberrecht, Gestern- Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 235 s.

DREIER Thomas

La transposition de la directive 2001/29/CE en droit d'auteur allemand : la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft) : PI , janvier 2004, n°10, p. 576 s.

DREIER Thomas

Creative Commons, Science Commons- Ein Paradigmenwechsel im Urheberrecht?, in : *Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts, Festschrift für G. Schricker zum 70. Geburtstag*, OHLY Ansgar e. a. [éds.], München 2005, C.H. Beck, p. 283 s.

DREIER Thomas

Interopérabilité : la France, un exemple à suivre ? : PI, octobre 2007, n°25, Colloque, p. 419 s.

DREIER Thomas

Lettre d'Allemagne, Développements récents en matière de droit d'auteur : PI, avril 2007, n°23, *Nouvelles de l'étranger*, p. 244 s.

DREIER Thomas

Lettre d'Allemagne, Droit d'auteur : PI, juillet 2010, n°36, *Nouvelles de l'étranger*, p. 914 s.

DREIER Thomas

Das WITTEM- Projekt eines European Copyright Code: Mél. LOSCHELDER, Köln 2010, Schmidt, p. 47 s.

DREIER Thomas

Copy&Paste : GRUR 2011, 1059 s.

DREIER Thomas

Erbsenzählerei oder Erkenntnisgewinn? Anmerkungen zu einer statistischen Rechtswissenschaft am Beispiel des Urheberrechts: Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag, BULLINGER Winfried [éd.], Berlin [e.a.], 2013, de Gruyter, p. 21 s.

DREIER Thomas

Online and its effect on the "Goods" Versus "Services" Distinction : IIC 2013, p. 137 s.

DREIER Thomas

Überlegungen zur Revision des Schrankenatalogs der Richtlinie 2001/29/EG : GRUR Int. 2015, 648.

- DREIER Thomas, LEISTNER Matthias
Urheberrecht im internet : die Forschungsherausforderungen : GRUR 2013, 881 s.
- DREIER Thomas, NOLTE Georg
La transposition de la directive 2001/29/CE en droit d'auteur allemand : la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft) : PI, janv. 2004, n°10, p. 576 s.
- DREIER Thomas, SPECHT Louisa
Lettre d'Allemagne : PI., juillet 2010, n°36, p. 914-927.
- DROUARD Etienne
internet et le droit à l'oubli numérique, Quels enjeux ? Quelles régulations ? : LÉGI-PRESSE, mai 2010, n°272, Tribune, p. 3 s.
- DRUSCHEL Johannes
Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR) : GRUR Int. 2015, 125 s.
- DUBOIS Lorette, GAULIER Florence
Les liens hypertextes après l'arrêt Svensson: quelles conséquences pratiques? : RLDI, Numéro 109, Novembre 2014, p. 57-63.
- DUSOLLIER Séverine
L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ? : CCE, nov. 2005, p. 17 s.
- DUSOLLIER Séverine
Le domaine public garant de l'intérêt public en Propriété intellectuelle, in : *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, colloque du 21 et 22 avril 2006*, BUYDENS Mireille [éd.], Bruxelles 2008, Bruylant, p. 117 s.
- DUSOLLIER Séverine
Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition : PI, juillet 2006, n°20, doctrine, p. 281 s.
- DUSOLLIER Séverine
CJUE, 23 janvier 2014, aff. C-355/12 *arrêt Nintendo*: Auteurs&Media 2014/5, p. 360-369.
- DUSOLLIER Séverine
L'arrêt Nintendo: La protection des mesures techniques au pays des jeux vidéo : Auteurs&Media 2014/5, p. 363-369.
- DUSOLLIER Séverine
CJUE (4e ch.), 13 février 2014, *Note d'observation, Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication* : RDTI (Revue du Droit des Technologies de l'Information), n°54, avril 2014, p. 49-57.
- DUSOLLIER Séverine

L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur, in : Bernault, C., Clavier, J.-P., Lucas Schloetter, A., Lucas, F.-X, *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris: LexisNexis, 2014, p. 563s.

EDELMAN Bernard

Le télédiffusion dans les chambres d'hôtel (à propos de l'arrêt du 6 avril 1994 de la première Chambre civile de la Cour de cassation) : Recueil Dalloz Sirey, juillet 1994, 27^e cahier, Chronique, p. 209 s.

EICHELBERGER Jan

Urheberrecht und Streaming, in : *Der Schutz des Geistigen Eigentums im internet* , Stefan LEIBLE [éd.], Tübingen 2012, Mohr Siebeck p. 17 s.

ENGEL Christoph

Geistiges Eigentum als Anreiz zur Innovation. Die Grenzen des Arguments, in : *Geistiges Eigentum und Innovation, Innovation und Recht I*, Martin Eifert und Wolfgang Hoffmann-Riem [éd.], Berlin 2008, Duncker & Humblot, p. 73 s.

ENGELMANN Christoph

EUGH: Anbieten von Satelliten-Bouquets erfordert Erlaubnis der Rechteinhaber : GRUR-Prax 2011, 514 s.

ERDMANN Willi, LEISTNER Matthias, RÜFFER Wilfried, SCHULTE-BECKHAUSEN Thomas
Festschrift für Michael Loschelder zum 65. Geburtstag, Köln 2010, éd. Schmidt.

ENSTHALER Jürgen

Streaming und Urheberrechtsverletzung, NJW 2014, p. 1553 s.

FANGEROWK Kathleen, SCHULZ Daniela

Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to. Eine urheberrechtliche Analyse des Film-Streamings im internet : GRUR 2010, 677 s.

FARRAND Benjamin

The digital agenda for Europe, the economy and its impact upon the development of the EU-Copyright policy, in : *EU Copyright law, a Commentary*, Stamatoudi Irini, Torremans Paul (e.d.), Elgar Commentaries, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2014, p. 988 s.

FAVREAU Amélie

La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle : Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle, journée d'études JC-RDST à Grenoble le 30 septembre 2011 : RLDI, décembre 2011, supplément au n°77, p. 64 s.

FEDERRATH Hannes

Technik der Cloud (Vortrag im Rahmen des Symposiums des Instituts für Urheber- und Medienrecht „Lizenzmodelle in der Cloud“ am 18.10.2013 in München) : ZUM 2014, 1-3.

FISCOR Mihaly

La place des organisations internationales dans l'élaboration du droit d'auteur in : *Regards sur les sources du droit d'auteur*, congrès ALAI, 18-21 septembre 2005, Paris, www.afpida.org, p. 95-116.

FLECHSIG Norbert P.

Rechtsmäßige private Vervielfältigung und gesetzliche Nutzungsgrenzen – Zur Frage, in welchem Umfang privat hergestellte Vervielfältigungsstücke einer außerprivaten Nutzung zugeführt werden dürfen und zur Beweislast im Urheberverletzungsprozess : GRUR 1993, 532 s.

FLEUTIAUX Johann

Web 2.0 et contrefaçon de droit d'auteur : de nouveaux outils pour de nouveaux usages, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec, p. 7 s.

FOREST David

La promesse et l'obstacle, Cartographie des nouvelles critiques du droit d'auteur : RLDI, octobre 2010, n°64, perspectives étude, p. 63 s.

FRANÇON André

Droit de représentation : RTD Com. avril- juin 1994, n°47, p.270 s.

FRANÇON André

Les modifications récentes du code français de la propriété intellectuelle en matière de propriété littéraire et artistique, in : *Urheberrecht, Gestern- Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 551 s.

FRANÇON André

Propriété littéraire et artistique : RTD Com. 2001, *chronique d'actualité*, p. 701 s.

FRANK Christian

Gespeicherte Privatautonomie und private Speicherungen, Eigentum und Freiheit in der digitalen Welt : GRUR 2015, 623-629.

FRAYSSINET Jean

Le pseudo-droit à l'oubli appliqué à la presse : Légipresse, octobre 2010, n°276, chroniques et opinions, p. 273 s.

FRENTZ Frhr Raitz von, MASCH Christian L.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17. ZUM September 2015 – I ZR 228/14 – Ramses : ZUM 2016, 169.

FUCHS Stefanie, FARKAS Thomas

Kann der EuGH dem Paperboy das (Best)Water reichen? : ZUM 2015, 110-126.

GAILLARD Raphael

Das Neunte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes – Überblick und Analyse: GRUR 2013, 1099 s.

GALETZKA Christian, STAMER Erik

Streaming – aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis, Redtube, kinox.to&Co : MMR 2014, 292 s.

GALLEGO Albert

Les chaînes de télévision réagissent contre la mainmise de la toile « parasite » : RLDI, 1 août 2008, n°41, p. 8 s.

GALLOUX Jean-Christophe

Conclusion prospective, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec, p. 133 s.

GALLOUX Jean-Christophe

Premier bilan de l'application de la loi 2007-1544 du 27 octobre 2007, « lutte contre la contrefaçon » : PI, octobre 2009, n°33, p. 342 s.

GALOPIN Benoît

Google répond à la qualification d'hébergeur pour son service Google images, actualité du droit d'auteur, in : lettre d'information de l'IRPI, janvier 2011, n°40.

GALOPIN Benoît

Accessoire : la Cour de cassation assume l'exception prétorienne : RLDI, juillet 2011, n°73, p. 20 s.

GALOPIN Benoît

Affaire Nintendo: La CJUE Précise les conditions de protection des mesures techniques : RLDI, dans Perspectives, Réflexions croisées, Numéro 102, Mars 2014, p. 58-63.

GALOPIN Benoît

Numérisation et mise en ligne non autorisées: lourde condamnation d'une base de données d'information sur le marché de l'art : Légipresse, n°323, Janvier 2015, p. 37-41.

GANEA Peter, HEATH Christopher, SCHRICKER Gerhard [éd.]

Urheberrecht, Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, C.H. Beck.

GANZHORN Marco

Ist ein E-Book ein Buch? Das Verhältnis von Büchern und E-Books unter besonderer Berücksichtigung der Usedsoft-Rechtsprechung : CR 8/2014, p. 492-497.

GANZHORN Marco

Kommentar von OLG Frankfurt a.M.: Fußballübertragung in Gaststätte stellt keine öffentliche Wahrnehmbarmachung dar : K&R, Mai 2015, p. 343-347.

GAUDRAT Philippe

Hyperliens et droit d'exploitation : RTD Com. 2006, p. 104 s.

GAUDRAT Philippe

Règles générales. Droit de représentation : J.-Cl. PLA, Fasc. 1242, 2003.

GAULIER Florence, VERCKEN Gilles, PASACAL-HEUZE Elise

Les derniers décrets d'application des lois « Hadopi » : RLDI, août- septembre 2010, n°63, actualités éclairage, p. 6 s.

GAUTIER Pierre-Yves

De la transposition des exceptions : à propos de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information » : CCE, novembre 2001, p. 10 s.

GAUTIER Pierre-Yves

Cour de cassation, 1^{re} civ., 6 avril 1994, Propriété littéraire et artistique, Droits d'exploitation, droits de représentation, hôtel, clients, Télévision, Programmes, Transmission, Œuvre audiovisuelle, Public : Recueil Dalloz, Sirey, 1994, 32^e cahier, Jurisprudence, p. 450 s.

GAUTIER Pierre-Yves

L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le «test des trois étapes» : CCE, novembre 2006, études, p. 9 s.

GAUTIER Pierre-Yves

Le contenu généré par l'utilisateur in les amateurs- Création et partage de contenus sur internet : nouveaux défis juridiques, actes du FORUM Légipresse du 4 octobre 2007 : LEGICOM, janvier 2008, n°41, p. 7 s.

GAUTRAIS Vincent

« Hadopi » : regards du dehors in Glose autour des lois « Hadopi », dossier spécial HADOPI : RLDI, janvier 2011, n°67, p. 87 s.

GEIGER Christophe

Cour d'appel de Paris : Urheberrecht- Utrillo : GRUR Int. 2002, 329 s.

GEIGER Christophe

La loi du 1^{er} août 2006, une adaptation du droit d'auteur aux besoins de la société de l'information ? : RLDI, mars 2007, n°25, p. 67 s.

GEIGER Christophe

Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung- Freie Gedanken zur Ausschließlichkeit im Urheberrecht : GRUR Int. 2008, 459 s.

GEIGER Christophe

Die „Elektronische Pressespiegel“-Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts: eine willkommene Anpassung des Urheberrechts an die Bedürfnisse der Informationsgesellschaft : ZUM 2009, 49 s.

GEIGER Christophe, GRIFFITHS Jonathan, HILTY Reto M.

Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur : PI, octobre 2008, n°29, p. 399 s.

GEIGER Christophe, RODA Caroline [éd.]

Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé : Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski, Paris 2014, Collection du CEIPI, n°61, LexisNexis.

GEIGER Christophe, SCHÖNHERR Franciska

Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: the Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exception, in : *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Tatiana-Eleni SYNODINOU [éd.], Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 133 s.

GEIGER Christophe, SCHÖNHERR Franciska, STAMATOUDI Irini, TORREMANS Paul

The Information Society Directive, in : *EU Copyright law, a Commentary*, Stamatoudi Irini, Torremans Paul (e.d.), Elgar Commentaries, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2014, p. 395 s.

GERLACH Tilo

Fragwürdige Kriterien des europäischen Gerichtshofs bei den Vergütungsansprüchen der ausübenden Künstler für öffentliche Wiedergabe, in : *Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag*, BULLINGER Winfried [éd.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 233 s.

GILLET Emmanuel

L'encadrement du nommage internet à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux à propos de la décision n°2010-45 QPC du 6 octobre 2010 : RLDI, novembre 2010, n°65, actualités éclairage, p. 18 s.

GINSBURG Jane C.

Peer-to-Peer : les conséquences de l'affaire Grokster : PI, octobre 2007, n°25, p. 408 s.

GINSBURG Jane C.

„European Copyright Code“- Back to the first principles (with some additional detail), Auteurs & Media, janvier 2011, p. 5 s.

GINSBURG Jane C.

Hyperlinking and « Making Available » : E.I.P.R., European Intellectual Property Review, Issue 3, mars 2014, Thomson Reuters, p. 147 s.

GITTON Antoine

HADOPI-DADVSI II-Riposte gradée (...) : RLDI, août-septembre 2008, n°41, p. 63 s.

GOLDSMITH Frédéric

Quel avenir pour la rémunération pour copie privée ? , La mise en œuvre de la loi DADVSI par les médias, Actes du FORUM Légipresse du 5 octobre 2006 : LEGICOM, mars 2007, n°39, p. 95 s.

GOLDSMITH, Frédéric

L'impact de la cyber-contrefaçon pour les entreprises dans le secteur du cinéma, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec.

GOMIS Guillaume

L'influence des mesures techniques sur les pratiques contractuelles, in : *La propriété littéraire et artistique en quête de sens, à l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C*, 26 mars 2009 : RLDI, supplément au n°49, mai 2009, p. 73 s.

GÖTTING Horst-Peter

BGH : Urheberrechtliche Zulässigkeit von Vorschaubildern in der Trefferliste einer Suchmaschine- Vorschaubilder : LMK 2010, commentaires, 309481.

GOTZEN Frank

The European Legislator's Strategy in the Field of Copyright Harmonization, in : *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Tatiana-Eleni SYNODINOU [éd.], Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 43 s.

GOTZEN Frank

Le caractère public des communications soumises au droit d'auteur dans la jurisprudence de la Cour de cassation belge in : *Urheberrecht, Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 389 s.

GOUNALAKIS Georgios

Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher Sicht : ZUM 2009, 447 s.

GREGOIRE Stéphane

NT1, TF1, France2, France3, France4, France5, M6, W9 : la loi des séries pour Wizzgo : RLDI, 1 janvier 2009, n°45, p. 61 s.

GRIFFITHS Jonathan,

The role of the court of justice in the development of european Union Copyright law, in : *EU Copyright law, a Commentary*, Stamatoudi Irini, Torremans Paul (e.d.), Elgar Commentaries, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2014, p. 1098 s.

GRÜNBERGER Michael

Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken? Ein Beitrag zur Entwicklung dogmatischer Bausteine eines umweltsensiblen Urheberrechts : ZUM 2015, 273-290.

GRÜNBERGER Michael

Einheit und Vielfalt im Recht der öffentlichen Wiedergabe : GRUR 2016, 977.

GRÜNBERGER Michael

Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken ? Ein Beitrag zur Entwicklung dogmatischer Bausteine eines umweltsensiblen Urheberrechts : ZUM 2015, 273.

GRÜTZEMACHER Malte

Endlich angekommen im digitalen Zeitalter! Die Erschöpfungslehre im europäischen Urheberrecht: der gemeinsame Binnenmarkt und der Handel mit gebrauchter Software : ZGE 2013, p. 46 s.

GRYNBAUM Luc

Google Adwords : l'hébergeur, un prestataire nécessairement passif : RLDI, mai 2010, n°60, actualités éclairage, p. 38 s.

GRYNBAUM Luc

Injonction aux fournisseurs d'accès internet d'interdire l'accès à un site illicite de jeux en ligne : RLDI, octobre 2010, n°64, actualités éclairage, p. 14 s.

GSTALTER Jérôme

La télévision numérique dans la société de l'information, de l'accès au réseau à l'accès à l'information : EUROPE, n°4, avril 2006, alerte 15.

GUERNALEC Carole

La place du caractère exclusif dans la construction du Droit, in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens, à l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master D12C*, 26 mars 2009 : RLDI, supplément au n°49, mai 2009, p. 67 s.

GUTHFREUND-ROLAND Florence, MARRACHE Elisabeth
Arrêt Sabam : requiem pour « Hadopi 3 » ? : RLDI, janvier 2012, n°78, p. 76 s.

HAERI Kami, DONNIER Antoine
L'affaire « wizzgo.com » ou comment évaluer désormais un préjudice économique né de la contrefaçon : RLDI, 1 février 2009, n° 46, p. 59 s.

HAIMO Schack
Weniger Urheberrecht ist mehr, in : *Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag*, BULLINGER Winfried [éd.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 9 s.

HANDIG Christian
Urheberrechtliche Aspekte bei der Lizenzierung von Radioprogrammen im internet : GRUR Int. 2007, 206 s.

HANDIG Christian
Was erfordert „die Einheit und die Kohärenz des Unionsrechts?“ - das urheberrechtliche Nachspiel der EUGH-Entscheidung Football Association Premier League : GRUR Int. 2012, 9 s.

HANDIG Christian
Reform und Neuordnung der öffentlichen Wiedergabe: Die Folgen der Interpretation des Urheberrechtlichen Begriffs durch den EuGH : ZUM 2013, 273 s.

HANSEN Hauke, WOLFF-ROJCZYK Oliver
Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei „gebrauchten“ Softwarelizenzen : GRUR 2012, 904 s.

HANSEN Hauke
Keine Erschöpfung beim Online-Vertrieb von eBooks : GRUR-PRAX 2013, 207 s.

HARDOUIN Ronan
L'hébergeur et la publicité : la neutralité comme condition d'une coexistence : RLDI, juillet 2010, n°62, actualités éclairage, p. 47 s.

HARN LEE Yin
UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp (Case C-128/11) – Sales of „Used“ Software and the Principle of Exhaustion: IIC 2012, p. 846 s.

HART Michael
The Legality of internet Browsing , in : *Digital Age in E.I.P.R.*, Issue 10, 2014, Thomson Reuters UK Limited and Contributors, p. 630-639.

HARTMANN Thomas
Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte, zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, Rs. C-128/11 – Usedsoft ./. Oracle : GRUR-Int. 2012, 980 s.

HASSLER Theo
La sophistication du droit de la propriété intellectuelle : Mél. Joanna Schmidt-Szalewski, Geiger Christophe & Caroline Rodà [éd.], Paris 2014, LexisNexis, p. 194 s.

HAUCK Ronny, HEIM Sebastian

Schwerpunktbereich Urheberrecht: Die rechtliche Bewertung von „Filesharing“- und „Streaming“- Sachverhalten : JuS 2014, p. 303 s.

HAUCK Ronny

Gebrauchthandel mit digitalen Gütern : NJW 2014, p. 3616 s.

HAUPT Stefan

„E-mail-Versand“- eine neue Nutzungsart im urheberrechtlichen Sinn? : ZUM 2002, 797 s.

HAUPT Stefan, ULLMANN Loy

Der Fax-und E-mail Versand sind in der Informationsgesellschaft verboten : ZUM 2005, 46 s.

HAUPT Stefan

Die EG-Richtlinie „Urheberrecht in der Informationsgesellschaft“ und Konsequenzen für die Nutzung von Werken im Schulunterricht gemäß §52a UrhG : ZUM, février 2014, 104 s.

Heine Robert

Kabelweiterleitung durch Wohnungseigentümerschaft : GRUR-Prax 2015, 538.

HENDEL Arndt Christoph

Die Urheberrechtliche Relevanz von Hyperlinks, Embedded Content nach deutschem und europäischem Recht : ZUM 2014, 102 s.

HEIKO Denk, PAUL Sandra, ROSSNAGEL Alexande, SCHNELLENBACH-HELD Martina

Der Einsatz intelligenter Softwareagenten im elektronischen Vergabeverfahren : NZ Bau, 2004, p. 131 s.

HEINICH Julia

La nouvelle organisation de surveillance de sa ligne : nouvelle responsabilité civile ? in : *Glose autour des lois « Hadopi »*, dossier spécial HADOPI : RLDI, janvier 2011, n°67, p. 75 s.

HEERMANN Peter

Urheberrechtliche Probleme bei der Nutzung von E-mail : MMR 1999, 3 s.

HEYDN Truiken J.

Deep Link: Feuerprobe bestanden- Das Aus für den Schutz von Web Content oder die Rettung des Word Wide Web? : NJW 2004, p. 1361 s.

HEYDN Truiken J.

BGH : MMR 2011, 305 s. (Anmerkungen, 309 s.).

HEYDN Truiken J.

EuGH: Handel mit gebrauchter Software – Usedsoft: MMR 2012, 591 s.

HEYDN Truiken J.

BGH : MMR 2014, 232 s. (Anmerkungen, 239 s.).

HEYDN Truiken J.

OLG München Darlegungs- und Beweislast beim Handel mit Gebrauchsoftware 2015, 397 s. (Anmerkungen, 400 s.).

HEYDN Truiken J.

BGH: Weiterveräußerung von Volumenlizenzen für einen bestimmten Nutzerkreis – Usedsoft III : MMR 8/2015, 535-537.

HILTY Reto M.

Entwicklungsperspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums , in : *Europa in Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Wissenschaftliches Symposium im Europa-Kolleg Hamburg*, BEHRENS, Peter [éd.], Baden-Baden, 2004, Nomos, p. 139 s.

HILTY Reto M.

Vergütungssystem und Schrankenregelungen- Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber : GRUR 2005, 819 s.

HILTY Reto M.

Sündenbock Urheberrecht? In : *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht*, Ansgar OHLY, Diethelm KLIPPEL [éd.], Tübingen 2007, Mohr Siebeck, p. 107 s.

HILTY Reto M., JAEGER Thomas, VOLKER Kitz [éd.]

Geistiges Eigentum, Herausforderung Durchsetzung, Berlin [e.a] 2008, Springer.

HILTY Reto M., DREXL Josef, NORDEMANN Wilhelm [éd.]

Schutz von Kreativität und Wettbewerb, : Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim, München 2009, C.H. Beck.

HILTY Reto M.

Reflections on a European Copyright Codification , in : *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Tatiana-Eleni SYNODINOU [éd.], Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 355 s.

HILTY Reto M., KÖKLÜ Kaya, HAFENBRÄDL Fabian

Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the Usedsoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective: IIC, 2013, p. 263 s.

HILTY Reto M.

La limitation de la propriété intellectuelle comme moyen d'encourager l'innovation : Mélanges Joanna Schmidt-Szalewski, Geiger Christophe & Caroline Rodà [éd.], Paris 2014, LexisNexis, p. 207 s.

HOEREN Thomas

Was bleibt von §§ 32, 32a, 36 UrhG? Überlegungen zur Zukunft des Urhebervertragsrechts : *Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag*, BULLINGER Winfried [éd.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 159 s.

HOEREN Thomas

Der urheberrechtliche Begriff der öffentlichen Wiedergabe in Österreich – am Beispiel des Hotelfernsehens : *Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für U. Loewenheim*, HILTY Reto M., DREXL Josef, NORDEMANN Wilhelm [éd.], München 2009, éd. Beck, p. 137 s.

HOEREN Thomas, FÖRSTLERLING Matthias
Onlinevertrieb "gebrauchter" Software, Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „Usedsoft“: MMR 2012, 642 s.

HOEREN Thomas, JAKOPP Sebastian
Der Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld, Notwendigkeit eines Binnenmarktkonformen Verständnisses : MMR 2014, 646 s.

HOFFMANN Helmut
Schöner Wetten : MMR 2004, 529 s.

HOLTZ Marco
Unterschiedliche Kriterien der öffentlichen Wiedergabe für Urheber- und Leistungsschutzrechte?
Anmerkung zu LG Köln, Vorlagebeschluss vom 20. Februar 2015 – 14 S 30/14 (ZUM 2015, 596) : ZUM 2015, 546-550.

HUET Jérôme
La fourniture d'informations sur support durable au consommateur dans un contrat à distance : RLDI, avril 2013, n°92, p. 32 s.

HUET Jérôme, TONNELIER Thierry
L'accord passé entre la cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'internet fait redouter un désengagement non contrôlé de l'Etat dans les litiges relatifs au numérique : CCE, janvier 2010, études, p. 13 s.

HUGENHOLTZ P. Bernt
The Wittem Group's European Copyright Code, in : *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Tatiana-Eleni SYNODINOU [éd.], Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 339 s.

IDOT Laurence
Nouvelles précisions sur le champ d'application de la directive TSF : EUROPE n°8, août 2005, commentaire 300.

IDOT Laurence
Droit d'auteur et photographies : EUROPE N°2, février 2012, actualité de l'union européenne, propriété intellectuelle, p. 37 s.

IDOT Laurence
Droits d'auteur et utilisation de phonogrammes dans les lieux publics : Europe N°5, mai 2012, commentaire. 217, p. 45 s.

JABER Abbas
La propriété intellectuelle à l'ère du streaming : quelle répression ?, in : *Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle, journée d'études JC-RDST à Grenoble le 30 septembre 2011* : RLDI, décembre 2011, supplément au n°77, p. 23 s.

JACQUIER Sarah, SCHULER marc
La diffusion de contenus protégés sur les plates-formes, in : *Les amateurs- Création et partage de contenus sur internet : nouveaux défis juridiques*, actes du FORUM Légipresse du 4 octobre 2007 : LEGICOM, janvier 2008, n°41, p. 95 s.

JAHN David, PALZER Christoph

Embedded Content und das Recht der öffentlichen Wiedergabe– Svensson ist die (neue) Realität : K&R, Januar 2015, p. 1-6.

JANI Ole

Bis zur Erschöpfung? Zur Zulässigkeit des Weiterverkaufs von Dateien gem. Richtlinie 2001/29/EG nach dem Urteil C-128/11 des EuGH (Usedsoft ./ Oracle): Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag, BULLINGER Winfried [éd.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 331 s.

JANI Ole, LEENEN Frederik

EuGH, 13.02.2014- C-466/12: Zulässige Verlinkung auf frei zugänglich veröffentlichte Artikel-Nils Svensson ua/Retriever Sverige, Anmerkungen: GRUR 2014, 360 s.

JANNET Philippe

Le point de vue de l'éditeur : les solutions apportées par la loi DADVSI résolvent-elles les problèmes de la presse en ligne ?, in : *La mise en œuvre de la loi DADVSI par les médias, actes du FORUM Légitresse du 5 octobre 2006* : LEGICOM, mars 2007, n°39, p. 117 s.

JEAN Benjamin

Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, in : *Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle, journée d'études JC-RDST à Grenoble le 30 septembre 2011* : RLDI, décembre 2011, supplément au n°77, p. 32 s.

JOLY Sophie

L'ordre public et le droit d'auteur, in : *Propriété intellectuelle et droit commun*, BRUGUIERE Jean-Michel [éd.], Aix-en-Provence 2007 : PUAM, p. 343 s.

JOUGLEUX Philippe

The Plurality of Legal Systems in Copyright Law: An Obstacle to a European Codification?, in : *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Tatiana-Eleni SYNODINOU [éd.], Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 55 s.

JUNG Sascha

„Stellt Framing im internet eine öffentliche Wiedergabe im Sinn des Urheberrechtsgesetzes dar?“ Anmerkung zum Beschluss des BGHs, vom 16.05.2013, Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht: Judikatur, ZIR 2013/14, p. 276 s.

KALLINIKOU Dionysia

CJEU Policy and Practice in the Field of European Copyright law, in : *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Tatiana-Eleni SYNODINOU [éd.], Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 69 s.

KAMPERMAN SANDERS Anselm

Les atteintes au droit exclusif, l'obligation d'accès, in : *Regards sur les sources du droit d'auteur*, congrès ALAI, 18-21 septembre 2005, Paris, www.afpida.org, p. 689-694.

KATZENBERGER Paul

Zugang zu wissenschaftlichem Schrifttum für Forschungszwecke : GRUR Int. 1984, 391 s.

KATZENBERGER Paul

Zwangsdigitalisierung urheberrechtlich geschützter Werke in den U.S.A. und in Deutschland: das Projekt Google Book Search und § 137 I UrhG : GRUR Int. 2010, 563 s.

KAUFMANN Noogie C.

BGH: Strenger Sorgfaltsmaßstab bei Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke- CAD Softwar : MMR 2009, commentaires, 756 s.

KEREVER André

Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile, 6 avril 1994 : RIDA, juillet 1994, n°161, Jurisprudence, p. 367 s.

KEREVER André

Les prérogatives des auteurs sur la communication publique d'émissions radiodiffusées : RIDA juill. 1972, p. 23 s.

KERR-VIGNALE Catherine

L'impact de la cyber-contrefaçon pour les entreprises dans le secteur de la musique, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec.

KIANFAR Mina

Öffentliche Zugänglichmachung und dann? Zur Frage der Anschlussnutzung im Rahmen des § 52a UrhG : GRUR 2012, 691 s.

KITZ Volker

Die unbekanntete Nutzungsart im Gesamtsystem des urheberrechtlichen Interessengefüges : GRUR 2006, 548 s.

KLASS Nadine

Die Annahme schlichter Einwilligungen im internet: Implikationen der Vorschaubilder Entscheidungen des BGH auf das (Schranken-) System des Urheberrechts, in: *Der Schutz des Geistigen Eigentums im internet*, Stefan LEIBLE [éd.], Tübingen 2012, Mohr Siebeck, p. 165 s.

KLASS Nadine

Die deutsche Gesetznovelle zur „Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa : GRUR Int. 2013, 881 s.

KLETT Alexander R.

Cloud und Privatkopie, (Vortrag im Rahmen des Symposions des Instituts für Urheber- und Medienrecht „Lizenzmodelle in der Cloud“ am 18.10.2013 in München) : ZUM 2014, 18-22.

KLETT Alexander R.

Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2014 : K&R, 7/8 2015, p. 457-464.

KNOPP Michael

Fanfiction-nutzergenerierte Inhalte und das Urheberrecht : GRUR 2010, 28.

KOCH Benjamin, KRAUSPENHAAR Daniel

Die Auswirkung der Amazon-Entscheidung des EUGH auf das deutsche System der urheberrechtlichen Abgaben auf Vervielfältigungsgeräte und Speichermedien: GRUR Int. 2013, 1003 s.

KOCH Frank A.

Der Content bleibt im Netz — gesicherte Werkverwertung durch Streaming-Verfahren: GRUR 2010, 574 s.

KOOLEN CHRISTOF

The Use of Hyperlinks in an Online Environment : Putting Links in Chains ?: GRUR Int. 2016, 867.

KRAFT Nikolaus

Urheberrecht: Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe : EuZW 2013, p. 425 s.

KREILE Johannes

Neue Nutzungsarten- Neue Organisation der Rechteverwaltung? : ZUM 2007, 682 s.

KREUTZER Till

Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger im Lichte der BGH-Rechtsprechung zu VorschauBildern. Was bleibt am Ende übrig? : MMR 2014, 512 s.

KRÖBER Christian

Auslegung des Begriffs „gerechter Ausgleich“ : GRUR 2011, 50 s.

KRÖBER Christian

Pflicht zur Sicherstellung einer Urheberentschädigung bei Zulassung von Privatkopien: GRUR 2011, 909 s.

KRÜGER Stefan, BIEHLER Manuel, APEL Simon

Keine „Used Games“ aus dem Netz, Unanwendbarkeit der „UsedSoft“ Entscheidung des EuGH auf Videospiele : MMR 2013, 760 s.

KUBACH Laura, SCHUSTER Fabian

Anmerkung zu *OLG Hamm: Keine Erschöpfung beim Download von Hörbüchern* : CR 8/2014, Rechtsprechung zum Computerrecht p. 498-506.

LACKER Julien

Arrêts sur « Google Images », une jurisprudence en trompe l'œil : RLDI, avril 2011, n°70, p. 20 s.

LADEUR Karl-Heinz, VESTING Thomas

Geistiges Eigentum im Netzwerk- Anforderung und Entwicklungslinien, : Geistiges Eigentum und Innovation, Innovation und Recht I, Martin Eifert und Wolfgang Hoffmann-Riem [éds.], Berlin 2008, Duncker & Humblot, p. 123 s.

LADEUR Karl-Heinz

Kunstfreiheit, digitale Kunst und Urheberrecht - Überlegungen zur Stellung des „Werks“ in transmedialen Netzwerken: Kunst und Recht, Berlin 2009, Ausgabe 6.

LAMPE Anne-Sophie, LERICHE Stéphane

Contrefaçon de logiciel, exception de décompilation et contournement de Mesures Techniques de protection (MTP) : l'affaire Nintendo, ou la difficulté de la preuve au secours des distributeurs de « linkers » : RLDI, février 2010, n°57, actualités éclairage, p. 22 s.

LANGE Thomas

Propos de clôture : RLDI, mars 2010, n°58, p. 97 s.

LANTZ Patrick

L'exception d'information par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, éclairage sur le texte et mise en perspective historique, in : *La mise en œuvre de la loi DADVSI par les médias*, Actes du FORUM Légipresse du 5 octobre 2006 : LEGICOM, mars 2007, n°39, p. 17 s.

LAPORTE-LEGEAIS Marie-Eugénie

Droit de communication au public et droit de représentation, in : *La semaine juridique-entreprise et affaires*, n°28-29, juillet 2012, p. 36 s.

LAPOUSTERLE Jean

Droits d'auteur des journalistes : de l'orthodoxie au pragmatisme, Légipresse, mars 2010, n°270, Chroniques et opinions, p. 37 s.

LARERE Brigitte

Les limites controversées au monopole, in : *La propriété littéraire et artistique en quête de sens, à l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C*, 26 mars 2009 : RLDI, supplément au n°49, mai 2009, p. 34 s.

LARRIEU Jacques

Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité : Expertises, juillet 2001, p. 257 s.

LARRIEU Jacques, Le STANC Christian, TREFIGNY-GOY Pascal

Droit du numérique, Commerce électronique, Panorama : Recueil Dalloz, 6 octobre 2011, n°34, ETUDES et COMMENTAIRES, p. 2363 s.

LATIL Arnauld

Diffamation : « Google Suggest » et « Recherche associées » sanctionnés : RLDI, novembre 2010, n°65, actualités éclairage, p. 43 s.

LATREILLE Antoine

Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information : Recueil Dalloz 2006, n°31, dossier p.2171 s.

LATREILLE Antoine

Mesures techniques de protection et d'information : J.-Cl. PLA, Fasc. 1660, 2007.

LATREILLE Antoine

La copie privée dans la jurisprudence de la CJUE, in : *Colloque en l'honneur d'André Lucas* : PI, n°55, avril 2015, p. 165-176.

LAUBER Anne, SCHWIPPS Karsten

Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informations-gesellschaft : GRUR 2004, 293 s.

LE GOFFIC Caroline

Licences libres et Copyleft : la contractualisation du droit d'auteur, in : *Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle*, journée d'études JC-RDST à Grenoble le 30 septembre 2011 : RLDI, décembre 2011, supplément au n°77, p. 8 s.

LESTANC Christian, CARRE Stéphanie
Logiciel : J.-Cl. PLA, Fasc. 1250, 2006.

LEBEAU-MARIANNA Denise, VERMYNCK Eve-Christie
Le passage du Cloud-Computing : une nécessaire coopération entre l'informatique et le juridique afin de ne pas rester dans les nuages ! : RLDI, mars 2011, n°69, p. 53 s.

LEBOIS Audrey
Droit de location et de prêt : J.-Cl. PLA, Fasc. 1254, 2006.

LEBOIS Audrey
Droit de reproduction : J.-Cl. PLA, Fasc. 1246, 2010.

LEFEVRE Audrey
La mise à disposition de copies de logiciels par téléchargement sur internet épuise le droit exclusif de distribution de l'éditeur sur ces copies : RLDI, août-septembre 2012, n°85, p. 21 s.

LEFEVRE Audrey
L'arrêt Nintendo: L'étendue de la protection des mesures techniques de protection de la directive n°2001/29 précisée par la CJUE : RLDI, dans Perspectives, Réflexions croisées, Numéro 102, Mars 2014, p. 64-71.

LEFRANC David
Droit voisin des producteurs de vidéogrammes : J.-Cl. PLA, Fasc. 1460, 2007.

LEFRANC David
Droit voisin des producteurs de vidéogrammes : J.-Cl. PLA, Fasc. 1470, 2006.

LEFRANC David
La contrefaçon en droit d'auteur Naissance-extension-scission : PI, janvier 2009, n°30, doctrine, p. 19 s.

LEGRAIN Jérôme
De la preuve à l'action en contrefaçon, le regard de l'huissier de justice, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec.

LEHMANN Michael
Ausschließlichkeitsrechte, Vergütungsansprüche und zwingende Mindestnutzerrechte in einer digitalen Welt in : *Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag*, Ulrich LOEWENHEIM [éd.], München 2004, C.H. Beck, p. 43 s.

LEHMANN Michael
Die Krise des Urheberrechts in der digitalen Welt, in : *Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim*, HILTY Reto M., DREXL Josef, NORDEMANN Wilhelm [éd.], München 2009, éd. Beck, p. 167 s.

LEISTNER Matthias

Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, Referat im Rahmen der Vortragsreihe „Rechtsfragen der Europäischen Integration“ Bonn, den 14.01.2008, in: Vorträge und Berichte, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrechts, Mitglieder des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht [éd.], Bonn 2008, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

LEISTNER Matthias

« Used » Software Before Europe's Top court – The German Federal Supreme Court Refers the Oracle v. Usedsoft Case to the European Court of Justice : IIC, 2011, p. 503 s.

LEISTNER Matthias

Urheberrecht an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht : GRUR 2014, 1145.

LEISTNER Matthias

Reformbedarf im materiellen Urheberrecht : Online-Plattformen und Aggregatoren : ZUM 2016, 580.

LEISTNER Matthias

Die „Metall auf Metall“-Entscheidung des BVerfG : GRUR 2016, 772.

LEISTNER Matthias, HANSEN Gerd

Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter- Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen, Rechtfertigungsbemühungen : GRUR 2008, 479 s.

LEJEUNE Frédéric

Réutilisation et communication au public en ligne, les internautes pris pour cibles ? : Auteurs&Media, 2013/3-4, p. 156 s.

LEJEUNE Frédéric

Le lieu du fait dommageable : derniers développements en lien avec le droit d'auteur, Doctrine, droit d'auteur : Auteurs & Media 2015/2, p. 139-146.

LEPAGE Agathe

Responsabilité pénale de directeur de la publication sur internet (Directeur de la publication) : CCE, janvier 2010, Commentaire 6, p. 40 s.

LERICHE Stéphane, RUELLE Julie

L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée : RLDI, octobre 2012, n°86, p. 30 s.

LEUPOLD Andreas

« Push » und « Narrowcasting » im Lichte des Medien- und Urheberrechts : ZUM 1998, 99.

LEWINSKI Silke von

Gedanken zur Cassina-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs : Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim, HILTY Reto M., DREXL Josef, NORDEMANN Wilhelm [éd.], München 2009, C.H. Beck, p. 175 s.

LEWINSKI Silke von

Copyright Contracts in Codification of European Copyright law, in : *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Tatiana-Eleni SYNODINOU [éd.], Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 241 s.

LEWINSKI Silke von
Recent Developments of German Author's Rights Law – Part I, *Chronique étrangère : Auteurs & Media* 2015/2, p. 158-169.

LINDSKOUG Mette
The Legal Position of Sellers and Buyers of Used Licences, E.I.P.R., Issue 5, 2014, Thomson Reuters UK Limited and Contributors, p. 289-295.

LOEWENHEIM Ulrich
Harmonisierung des Urheberrechts in Europa : GRUR Int. 1997, 285 s.

LOEWENHEIM Ulrich
Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch von urheberrechtswidrig hergestellten Werkstücken: Urheberrecht, Gestern- Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 415 s.

LOEWENHEIM Ulrich
Öffentliche Zugänglichmachung von Werken im Schulunterricht. Überlegung zum Begriff der Öffentlichkeit in §52a UrhG in : *Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts, Festschrift für G. Schricker zum 70. Geburtstag*, OHLY Ansgar e. a. [éds.], München 2005, C.H. Beck, p. 413 s.

LOEWENHEIM Ulrich [éd.]
Urheberrecht im Informationsalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag, München 2004, C.H. Beck,.

LOKRANZ-BERNITZ Annika
Les télé satellites et le droit d'auteur : RIDA avr. 1971. p. 69 s.

LONGDIN Louise, LIM Pheh Hoon,
Inexhaustible Distribution Rights for Copyright Owners and the Foreclosure of Secondary Markets for Used Software : IIC 2013, p. 541 s.

LOSCHELDER Michael
Vervielfältigung oder Bearbeitung? Zum Verhältnis des §16 UrhG zu §23 UrhG : GRUR 2011, 1078 s.

LUCAS André
Le « triple test » de l'article 13 de l'accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC « Etats-Unis » article 110-5 de la loi sur le droit d'auteur, in : *Urheberrecht, Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 423 s.

LUCAS André
Droits des producteurs de bases de données : J.-Cl. PLA, Fasc. 1650, 2001.

LUCAS André

Droit de reproduction par reprographie : J.-Cl. PLA, Fasc. 1265, 2004.

LUCAS André

Libres propos sur l'harmonisation communautaire du droit d'auteur et des droits voisins : Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts, Festschrift für G. Schricker zum 70. Geburtstag, OHLY Ansgar e. a. [éds.], München 2005, C.H. Beck, p. 435 s.

LUCAS André

Rapport de synthèse : PI, octobre 2007, n°25, p. 461 s.

LUCAS André

L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur, in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, colloque du 21 et 22 avril 2006*, BUYDENS Mireille [éd.], Bruxelles 2008, Bruylant, p. 79 s.

LUCAS André

Exceptions au droit exclusif : J.-Cl. PLA, Fasc. 1248, 2010.

LUCAS André

European Copyright Codification in Codification of European Copyright law, in : *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Tatiana-Eleni SYNODINO [éd.], Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 373 s.

LUCAS André

Droits patrimoniaux, droit de représentation- lien pointé vers un site de télévision de rattrapage - atteinte au droit d'auteur (Cass. 1^{re} civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-20480, Sté Métropole Télévision et autres c/ Sté SBDS Active Non publié au *Bulletin*) : PI, janvier 2013, n°46, p. 55 s.

LUCAS André

De la protection à la « surprotection » des droits de propriété intellectuelle : Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI, Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) à Paris, le 28 novembre 2012, Paris 2014, LexisNexis, p. 17 s.

LUCAS André, BRUGUIERE Jean-Michel

Droit d'auteur et droits voisins : PI, janvier 2007, n°22, *Chronique*, p. 77 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel

Droit d'auteur et droits voisins : PI, janvier 2008, n°26, *Chronique*, p. 96 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel

Droit d'auteur et droits voisins : PI, avril 2008, n°27, p. 206 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel

Droit d'auteur et droits voisins : PI, juillet 2008, n°28, *Chronique*, p. 318 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel

Droits d'auteur et droit voisins : PI, octobre 2008, n°29, *Chronique*, p. 419 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel

Droit d'auteur et droits voisins : PI, avril 2009, n°31, *Chronique*, p. 157 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel
Droit d'auteur et droits voisins : PI, juillet 2009, n°32, *Chronique*, p. 260 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel
Droit d'auteur et droits voisins : PI, octobre 2009, n°33, *Chronique*, p. 363 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel
Droit d'auteur et droits voisins : PI, janvier 2010, n°34, *Chronique*, p. 613 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel
Droit d'auteur et droits voisins : PI, avril 2010, n°35, *Chronique*, p. 708 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel
Droit d'auteur et droits voisins : PI, juillet 2010, n°36, *Chronique*, p. 845 s.

LUCAS André, BENABOU Valérie-Laure, BRUGUIERE Jean-Michel
Droit d'auteur et droits voisins : PI, janvier 2012, n°42, *Chronique*, p. 18 s.

LUCAS André, BRUGUIERE Jean-Michel
Droit d'auteur et droits voisins, droits patrimoniaux, OSA (Communication au public et tout ce qui concerne les hyperliens) : PI, avril 2014, n°51, p. 163 s.

LUCAS André
Droits patrimoniaux, Droit de représentation- lien pointé vers un site de télévision de rattrapage- atteinte au droit d'auteur (non résolu) : PI, janv. 2013, n°46, *Chroniques*, p. 55 s.

LUCAS André
Logiciel- Objet de la protection : PI, janvier 2014, n°50, p. 56-57 (*jurisprudence française*).

LUCAS André
Droits patrimoniaux, Marché secondaire des biens culturels- droit de destination- droit de distribution- Commerce des livres et jeux vidéo d'occasion- Epuisement-Epuisement en ligne des oeuvres au format numérique : PI, janvier 2014, n°50, p. 72-73.

LUCAS André
Droit de communication au public-Hyperlien pointant sur un site internet- Mise à disposition du public (oui)- Contenu librement disponible sur un autre site- Existence d'un public nouveau (non)-Communication au public (non)- Impossibilité pour les Etats-membres de retenir une définition de la communication au public plus extensive que celle découlant de l'article 3.1 de la directive de 2001 sur la société de l'information, Chroniques : PI, avril 2014, n°51, p. 165 s. (arrêt Svensson).

LUCAS André
Compétence judiciaire en cas d'atteinte au droit d'auteur- Suites de l'arrêt Pinckney (CJUE, 3 octo. 2013) : PI, avril 2014, n°51, p. 181-182.

LUCAS André
Droits patrimoniaux : PI, juillet 2014, n°52, p. 266-290 (*chronique de jurisprudence française*).

LUCAS André
Droits patrimoniaux. Droit de distribution –« Entoilage » d'une oeuvre reproduite sur une affiche– Epuisement (non), Chroniques : PI, n°55, avril 2015, p. 199-201.

LUCAS André, BRUGUIERE Jean-Michel, BERNAULT Carine
Droit d'auteur et droits voisins, *Chroniques* : PI, n°56, juillet 2015, p. 269- 303.

LUCAS Henri-Jacques
Convention de Berne. Conditions de la protection : J.-Cl. PLA, Fasc. 1930, 1999.

LUCAS Henri-Jacques
Convention de Berne. Etendue de la protection : J.-Cl. PLA, Fasc. 1931, 2001.

LUCAS Henri-Jacques
La propriété littéraire et artistique dans l'ordre international, droit communautaire : JCP, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, janvier 2002, n°5, p. 224 s.

LUCAS Henri-Jacques
Droit international. Droit commun : J.-Cl. PLA, Fasc. 1910, 2007.

LUCAS Henri-Jacques
La propriété littéraire et artistique dans l'ordre international, droit communautaire : JCP, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, janvier 2008, n°5, p. 23 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès
Les droits d'auteur des fonctionnaires en Europe continentale : PI, juillet 2004, n°12, p. 757 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès
Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 : PI, octobre 2005, n°17, p. 403 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès
Das französische Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 1. August 2006 : GRUR Int. 2007, 658 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès
Lettre d'Allemagne, Qu'y a-t-il dans la « deuxième corbeille » ? La loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information : PI, juillet 2008, n°28, *Nouvelles de l'étranger*, p. 368 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès
Google face à la justice française et belge, nouvelles décisions en matière de droit d'auteur, JIPITEC 2, 2011, p. 144

LUCAS-SCHLOETTER Agnès
The Acquis Communautaire in the Area of Copyright and Related Rights: Economic Rights in : Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives, Tatiana-Eleni SYNODINOU [éd.], Alphen aan den Rijn 2012, Wolters Kluwer Law & Business, p. 115 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès
Lettre d'Allemagne : PI, octobre 2012, n°45, droit d'auteur, *Nouvelles de l'étranger* p. 485 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès
Du bon usage du non-usage du droit d'exploitation : JCP g Semaine Juridique (édition générale), Cour d'appel de Paris 11 janvier 2013, février 2013, n°6, p. 241 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès

Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs : ZGE/ IP 5, mai 2013, p. 84 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès

La rémunération pour copie privée dans la tourmente (1re partie) : Légipresse, novembre 2013, n°310, p. 597 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès

La rémunération pour copie privée dans la tourmente (2e partie) : Légipresse, décembre 2013, n°311, p. 661 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès

Is there a concept of European Copyright law? History, Evolution, policies, and politics and the acquis communautaire, in : *EU Copyright Law, a Commentary*, Irini STAMATOUDI, Paul TORREMANS (éds.), Elgar Commentaries, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2014, p. 7 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès

La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur, in : *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, C. Bernault, J.-P Clavier, A. Lucas Schloetter, F.-X. Lucas [éds.], Paris: LexisNexis, 2014, p. 573 s.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès

Les éditeurs peuvent-ils percevoir la rémunération pour copie privée? In RIDA 243- 01/2015, p. 3-99.

LUTTERBECK Bernd

Ein Kommentar zu Axel Metzger, Open Source Communitys und Geistiges Eigentum, in : *Geistiges Eigentum und Innovation, Innovation und Recht I*, Martin Eifert et Wolfgang Hoffmann-Riem [éds.], Berlin 2008, Duncker & Humblot, p. 207 s.

MACREZ Franck

Présentation de la journée (suite) : Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle, journée d'études JC-RDST à Grenoble le 30 septembre 2011 : RLDI, décembre 2011, supplément au n°77, p. 4.

MACREZ Frank, VERCKEN Gilles

Mesures techniques de protection et interopérabilité in le livre numérique : une révolution juridique en marche ? : LEGICOM -2013/3, n°51, p. 85 s.

MAILLARD Thierry

Le monopole malmené : l'impact des mesures techniques de protection et d'information, in : *La propriété littéraire et artistique en quête de sens, à l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C*, 26 mars 2009 : RLDI, supplément au n°49, mai 2009, p. 69 s.

MALEVANNY Nikita

Die Usedsoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkung des EUGH-Urteils : CR 2013, p. 422 s.

MALKA Richard

La gratuité c'est le vol. 2015: La fin du droit d'auteur ? http://www.sne.fr/wp-content/uploads/2015/09/R.Malka_LaGratuiteCestLeVol.pdf

MANARA Cédric

Brider les liens ? Sur la légalité de l'utilisation d'hyperliens, observations sous ordonnance partiellement reproduite : T. com. Paris, ord. Réf., 26 déc. 2000, in : Le DALLOZ, 2001, n°17, *actualité jurisprudentielle, commerce électronique* p. 1389 s.

MANARA Cédric

Le droit du commerce électronique après l'arrêt Scarlet : RLDI, janvier 2012, n°78, *Perspectives réflexions croisées*, p. 67 s.

MAND Elmar

Die Kabelweisersendung als urheberrechtlicher Verwertungstatbestand : GRUR 2004, 395 s.

MANTROV Vadim

Commentaires concernant the Court of Justice, 15 March 2012 – Case n° C-135/10 : EUROPEAN UNION-Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso, and Procuratore generale della Repubblica (Ls): IIC 2012, p. 960 s.

MARAIS Marie-Françoise

Le point de vue du magistrat in La mise en œuvre de la loi DADVSI par les médias, actes du FORUM Légitresse du 5 octobre 2006 : LEGICOM, mars 2007, n°39, p. 115 s.

MARIEZ Jean-Sébastien

« *Hadopi* »...trois petits points de suspension... : RLDI, novembre 2010, n°65, *actualités éclairage*, p. 11 s.

MARINO Laure

Florilège de notions communautaires en droit d'auteur, à partir du droit de reproduction et de l'exception de reproduction provisoire, note sous arrêt : La semaine juridique, Edition générale, 21 septembre 2009, n°39, p. 272 s.

MARITZEN Lars, RIEGER Felicitas

Livestreaming von Fernsehsendungen- ITV Broadcasting : MMR 2013, 459 s.

MARLY Jochen

Der Handel mit Gebrauchtsoftware. Das Urteil fällt und alle Fragen offen- zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.7.2013- I ZR 129/08- Usedsoft II : CR 3/2014, p. 145-150.

MARLY Jochen

Bildschirmkopien, Cache-Kopien und Streaming als urheberrechtliche Herausforderung : EuZW 2014, p. 616 s.

MARLY Jochen

Erschöpfung des Verbreitungsrechts an online übermittelter Software – Adobe/UsedSoft : GRUR 2013, 279 s. (Anmerkung, 283 s.).

MARLY Jochen

Der Handel mit so genannter „Gebrauchtsoftware“: EuZW 2012, p. 654 s.

MARTIAL-BRAZ Nathalie

Chronique de droit de la propriété intellectuelle - décembre 2011 : Lexbase Hebdo-Edition Affaires, décembre 2011, n°277.

MARTIN Nicolas

Concurrence Déloyale et PI, in : *Propriété intellectuelle et droit commun*, BRUYIERE Jean-Michel [éd.], Aix-en-Provence 2007, PUAM, p. 379 s.

MARTIN Jean

Copie privée : à la recherche d'un nouvel équilibre in La mise en œuvre de la loi DADVSI par les médias, actes du FORUM Légipresse du 5 octobre 2006 : LEGICOM, mars 2007, n°39, p. 91 s.

MARTINO Giuseppe

Plateformes Web 2.0 et ayants droit : quels accords ?, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, LexisNexis Litec.

MASSERON Philippe

L'exception de pédagogie et de recherche : mises en œuvre (régime transitoire après 2009) in La mise en œuvre de la loi DADVSI par les médias, actes du FORUM Légipresse du 5 octobre 2006 : LEGICOM, mars 2007, n°39, p. 57 s.

MASSON M. Laurent, MARIEZ Jean-Sébastien

La contrefaçon de logiciels informatiques dans un monde numérique : un phénomène global pour un impact local, in *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, LexisNexis Litec.

MCGUIRE Mary-Rose

Das Urheberrecht in der Cloud: Universalitäts-versus Territorialitätsprinzip, in: *Der Schutz des Geistigen Eigentums im internet*, Stefan LEIBLÉ [éd.], Tübingen 2012, Mohr Siebeck, p. 143 s.

MEHAUD Jeanne

Google Livres : ou du bon usage de la contrefaçon : PI, juillet 2006, n°20, Doctrine, p. 290 s.

MEISTER Marie

Piratage et filtrage sur internet : EUROPE, actualité de l'union européenne, avril 2012, n°4, *Propriété intellectuelle*, p. 26 s.

MES Peter

Zum « gewerblichen Ausmaß » im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht : GRUR 2011, 1083.

METZGER Axel

Innovation in der Open Source Community- Herausforderungen für Theorie und Praxis des Immaterialgüterrechts, in : *Geistiges Eigentum und Innovation, Innovation und Recht I*, Martin EIFERT et Wolfgang HOFFMANN-RIEM [éds.], Berlin 2008, Duncker & Humblot, p. 187 s.

METZGER Axel

Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts: GRUR 2012, 118 s.

METZGER Axel

Keine Pflicht für Betreiber sozialer Netzwerke zu umfassenden Überwachungs- und Filtersystemen : GRUR 2012, 382 s.

MICHAUX Benoît

La Cour de justice interprète la notion de communication au public : l'arrêt SGAE c. Rafaël Hoteles : Auteurs et Média, avril 2007, p. 303 s.

MICKLITZ Hans-W.

Keine Störerhaftung eines Presseunternehmens, das Hyperlinks auf im EU-Ausland zulässige internet-Glücksspiele setzt- Schöner Wetten : LMK 2004, p. 229 s.

MINERO Gemma

Videogames, Consoles and Technological Measures: The Nintendo v. PC Box and 9 Net Case : E.I.P.R., Issue 5, 2014, Thomson Reuters UK Limited and Contributors, p. 335-339.

MOINY Jean-Philippe

Cloud computing : validité du recours à l'arbitrage ? Droits de l'Homme et clauses abusives : RLDI, janvier 2012, n°78, Perspective étude, p. 99 s.

MOIR Andrew, MONTAGNON Rachel, NEWTON Heather

Communication to the Public: The CJEU Finds that Linking to Material Already „Freely Available“ Cannot be Restricted by Copyright Owners: Nils Svensson v. Retriever Sverige AB (C-466/12) : E.I.P.R., Issue 6, 2014, Thomson Reuters UK Limited and Contributors, p. 399-400.

MONTEL Benjamin

Un an de droit de l'audiovisuel : CCE, mai 2006, n°5, chronique 5.

MONTERO Etienne, VAN ENIS Quentin

Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ? : RLDI, juin 2010, n°61, Perspective étude, p. 86 s.

MORITZ Hans-Werner

Eingeschränkte Zulässigkeit der Weiterveräußerung gebrauchter Software : K&R 2012, 456 s.

MÜLLER Stefan

Cloud und Privatkopie, (Vortrag im Rahmen des Symposiums des Instituts für Urheber- und Medienrecht „Lizenzmodelle in der Cloud“ am 18.10.2013 in München) : ZUM 2014, 11-17.

NAUMANN Michael

Zweikampf zwischen EuGH und BVerfG? – Der Fußball spaltet die Gerichte bei der Frage nach der Entgeltlichkeit des Kurzberichterstattungsrechts : ZUM 2014, 938-946.

NERI Alexandra

L'injonction de filtrage rendue à l'égard d'un intermédiaire : une mesure controversée aux conséquences redoutables : CCE, janvier 2012, études, p. 19 s.

NERISSON Sylvie

The rental and lending rights directive, in: *EU Copyright Law, a Commentary*, Irini STAMATOUDI, Paul TORREMANS [éds], Elgar Commentaries, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2014, p. 149 s.

NEUMANN Bernd

Schutz des geistigen Eigentums auch im Internetzeitalter: Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag, BULLINGER Winfried e.a. [éds.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 469 s.

NEURAUTER Sebastian

Internetfernsehen und Co.- das Urheberrecht unter dem Druck des Medienwandels : GRUR 2011, 691 s.

NOLTE Georg

BGH, arrêt du 12 novembre 2009 – I ZR 160/07- Regio-Vertrag : ZUM 2010, 591 s.

NOLTE Georg

Schleichendes Ende oder Renaissance des Urheberrechts im Netz? : ZUM 2012, 740 s.

NORDEMANN Jan Bernd

Die erlaubte Einräumung von Rechten für unbekannte Nutzungsarten in : *Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag*, Ulrich LOEWENHEIM [éd.], München 2004, C.H. Beck, p. 193 s.

NORDEMANN Jan Bernd

Haftung von Providern im Urheberrecht, Der aktuelle Stand nach dem EuGH-Urteil v.12.7.2011- C-324/09- L'Oréal/eBay : GRUR 2011, 977 s.

NORDEMANN Jan Bernd

Die öffentliche Wiedergabe im Urheberrecht : GRUR 2016, 245.

NORDEMANN Wilhelm

Urheberrechtliche Verwertungsformen im Jahr 2026, in : *Urheberrecht, Gestern- Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 595 s.

NORDEMANN Wilhelm

Das Wiederaufleben von Urheber- und Leistungsschutzrechten, in : *Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim*, HILTY Reto M., DREXL Josef, NORDEMANN Wilhelm [éd.], München 2009, C.H. Beck, p. 227 s.

OBBERGFELL Eva Inés

Rechtfertigungsmöglichkeiten und –bedürftigkeit der Verwendung von Snippets urheberrechtlich geschützter Werke - Perlentaucher, Commentarist & Co : *Der Schutz des Geistigen Eigentums im internet*, Stefan LEIBLÉ [éd.], Tübingen 2012, Mohr Siebeck, p. 205 s.

OEKONOMIDI Dimitris S.

Urheberrechtliche Problemstellungen im internet (aus Sicht des deutschen und griechischen Rechts), in : *Urheberrecht, Gestern- Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 365 s.

OHLY Ansgar, BODEWIG Theo, DREIER Thomas, GÖTTING Horst-Peter, HAEDICKE Maximilian, LEHMANN Michael [éds.]

Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts, Festschrift für G. Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, C.H. Beck.

OHLY Ansgar

Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit: Forschungsperspektiven in : *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht*, Ansgar OHLY, Diethelm KLIPPEL [éds.], Tübingen 2007, Mohr Siebeck, p. 1 s.

OHLY Ansgar, KLIPPEL Diethelm [éds.]

Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2007, Mohr Siebeck.

OHLY Ansgar

Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und –Verhinderung, in : *Geistiges Eigentum und Innovation, Innovation und Recht I*, Martin EIFERT et Wolfgang HOFFMANN-RIEM [éds.], Berlin 2008, Duncker & Humblot, p. 279 s.

OHLY Ansgar

Urheberrecht in der digitalen Welt - Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und zu dessen Durchsetzung? : NJW-Beil. 2014, p. 47

OHST Claudia

Open Access- Enteignung des Urhebers oder wissenschaftliche Notwendigkeit?, in : *Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag*, BULLINGER Winfried [éd.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 133 s.

OLENHUSEN Albrecht Götz von

Urheber vs. Eigentümer et vice versa? Zur Problematik des urheberrechtlichen Zugangsrecht, in : *Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag*, BULLINGER Winfried [éd.], Berlin [u.a.] 2013, de Gruyter, p. 279 s.

OTT Stephan

Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Framing nach der BGH-Entscheidung im Fall « Paperboy » : ZUM 2004, 357s.

OTT Stephan

LG München I: Urheberrechtswidriges Framing : MMR 2007, commentaires, 260 s.

OTT Stephan

Die Entwicklung des Suchmaschinen und Hyperlink-Rechts im Jahr 2007 : FD-GewRS 2008, 256398.

OTT Stephan

BGH: Framing- Die Realität : MMR 2013, commentaires, 596 s.

PASSA Jérôme

internet et le droit d'auteur : J.-Cl. PLA, Fasc. 1970, 2001.

PAULUS Christoph G.

Mobilien, Immobilien, Forderungen- und jetzt Wissen als Rechtsgut?, in : *Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag*, BULLINGER Winfried e.a. [éds.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 3 s.

PECH Laurent

Conflit de juridiction et cyberdélits : une « adaptation » problématique de la jurisprudence Shevill par la CJUE : RLDI, janvier 2012, n°78, p. 38 s.

PECH Sebastian

Lizenzmodelle in der Cloud, (Diskussionsbericht zum gleichnamigen Symposiums des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 18.10.2013) : ZUM 2014, 22-25.

PECH Sebastian

Video-on-Demand – Wirtschaftliche Chancen und rechtliche Herausforderungen : ZUM 2014, 778-780.

PECH Sebastian

Werkgenuss und Werknutzung in der digitalen Welt (Diskussionsbericht zur gleichnamigen Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht, München am 12. Dezember 2014) : ZUM 2015, 319-325.

PEIFER Karl-Nikolaus

Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft- Stimmen die rechtlichen Rahmenregeln für die Zukunft von Forschung und Lehre? : UFITA, 2007 II, p. 327 s.

PEIFER Karl-Nikolaus

Territorialität und Dienstleistungsfreiheit: Der Fall „Karen Murphy“ vor dem EUGH : GRUR-Prax 2011, 435 s.

PEIFER Karl-Nikolaus

EuGH-Vorlage zur Vergütungspflicht von PC : GRUR 2011, 1012 s.

PEIFER Karl-Nikolaus

Wird unser Urheberrecht den Erfordernissen des Informationszeitalters noch gerecht?, in : *Der Schutz des Geistigen Eigentums im internet*, Stefan LEIBLE [éd.], Tübingen 2012, Mohr Siebeck, p. 1 s.

PEIFER Karl-Nikolaus

Selbstbestimmung im digitalen Netz-Privatkopie, Flatrate und Fair Use : ZUM 2014, 86 s.

PETERSHAGEN Jörg

Anmerkung zum BGH Urteil vom 23.9.2014 – VI ZR 358/13 (LG München I, AG München). BGH: Recht des Portalbetreibers auf Kommunikationsfreiheit – Ärztebewertungsportal : MMR 2015, 106-111.

PEUKERT Alexander

Kommentar zum Beitrag von Ansgar Ohly, Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und –Verhinderung, in : *Geistiges Eigentum und Innovation, Innovation und Recht I*, Martin EIFERT et Wolfgang HOFFMANN-RIEM [éd.], Berlin 2008, Duncker & Humblot, p. 299 s.

PEUKERT Alexander

„Copydan/Nokia“ und die Zukunft des gesetzlichen Vergütungsanspruchs für die digitale Privatkopie : GRUR 2015, 452-456.

PEUKERT Alexander

Der digitale Urheber, in : *Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag*, BULLINGER Winfried e. a. [éds.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 459 s.

PFENNIG Gerhard

Der Gies-Adler und das Urheberrecht, in : *Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag*, Ulrich LOEWENHEIM [éd.], München 2004, C.H. Beck, p. 71 s.

PFENNIG Gerhard

Selbstbestimmung im digitalen Netz- Urheberrecht und Nutzerinteressen in der Balance? Einführung zum Urheberkongress 2013 : ZUM 2014, 85 s.

PIERRAT Emmanuel

Affaire Google: le droit d'auteur en survol : Légipresse, janvier 2010, n°268, Tribune, actualité p. 1 s.

PIEßKALLA Michael

Lizenzpflichtige Kabelweitersendung nach §20 UrhG innerhalb von Wohnungseigentümergeinschaften? Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 11. September 2014 – 6U 2619/13; zugleich Erwiderung auf von Frenz/Masch : ZUM 2015, 361-366.

PIGNATARI Olivier

Téléchargement illicite d'œuvres musicales : l'articulation –toujours– délicate avec les données personnelles et le rejet persistant de la copie privée : RLDI, mai 2010, n°60, actualités éclairage, p. 14 s.

PIGNATARI Olivier

Site d'écoute de musique en ligne diffusée en streaming : confirmation de la condamnation des gestionnaires du site internet <radioblogclub.fr> : RLDI, juillet 2011, n°73, p. 15 s.

PIGNATARI Olivier

Blocage et déréférencement de plusieurs sites de streaming: à qui profite le strea? : RLDI, Actualités, éclairage, créations immatérielles, Numéro 101, février 2014, p. 18-21.

PIGNATARI Olivier

Google Inc. Condamné en référé à déréférencer un lien renvoyant vers un contenu qui n'est pas illicite en soi, actualités, éclairage : RLDI, Numéro 113, Mars 2015, p. 12-14. (TGI Paris, réf, 19 déc. 2014 : RLDI 2015/112, n°3676).

PIRIOU Florence-Marie

La numérisation des livres sans autorisation constitue un délit de contrefaçon : CCE, mai 2010, étude 11, p. 15 s.

POHLE Jan

Nutzungsrechte bei agiler Softwareprogrammierung, in : *Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag*, BULLINGER Winfried [éd.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 557 s.

POLL Günter

Neue internetbasierte Nutzungsformen- Das Recht des Zugänglichmachung auf Abruf (§ 19a UrhG) und seine Abgrenzung zum Senderecht (§§ 20, 20b UrhG) : GRUR 2007, 476 s.

POLL Günter

Urheberrechtsverletzung durch Weiterleitung von Rundfunk- und TV-Sendungen in Wohnanlagen? : K&R, Mai 2015, p. 301-304.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Das „Bestimmungsrecht“ (droit de destination) Überlegung zu den Möglichkeiten einer Kontrolle der Nutzung von Werkexemplaren durch die Urheber : GRUR Int.1989, 811 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Radiodiffusion et droits voisins (CJCE 14 juill. 2005, Lagardère Active Broadcast c/ SPRE et GVL, aff. C-192/04) : RTD Com., octobre-décembre 2005, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, p. 728 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Droit de distribution. Epuisement du droit. Directive CE n°2001/29, article 4. Principe de proportionnalité. Droits fondamentaux (CJCE, 12 sept. 2006, aff. C-479/04, Laserdisken c/ Kulturministeriet) : RTD Com., janvier-mars 2007, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, p. 80 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Communication au public. Public. Chambres d'hôtel. Lieu privé. Article 3 de la directive du 22 mai 2001 (CJCE, 7 déc. 2006, aff. C-306/05, SGAE c/ Rafaël Hoteles) : RTD Com., janvier-mars 2007, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, p. 85 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Rapport de synthèse in : Regards sur les sources du droit d'auteur, congrès ALAI, 18-21 septembre 2005, Paris, www.afpida.org, p. 757-766.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Droit de représentation publique. Télédiffusion. Chambres d'hôtel (Civ. 1^{re}, 14 janvier 2010) : RTD Com., avril-juin 2010, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, p. 305 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Oeuvres protégées, Programmes d'ordinateur. Interfaces (CJUE 22 décembre 2010, BAS c/ Ministerstvo kultury, aff. C-393/09) : RTD Com., avril-juin 2011, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, p. 333 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Prérogatives patrimoniales, Télédiffusion par satellite (CJUE, 4 octobre 2011, n° C-403/08 et C-429/08, Football Association Premier League c/ QC Leisure) : RTD Com., octobre-décembre 2011, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, p. 744 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Droit de communication au public (CJUE, 24 novembre 2011, n° C-283/10, Circul Globus Bucuresti c/ UCMR-ADA) : RTD Com., janvier/mars 2012, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, p. 114 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Droit de communication au public (CJUE, 15 mars 2012 n° C-162/10, Phonographic Performance Limited (Sté) c/ Irlande) : RTD com., avril/juin 2012, *Chroniques Propriété littéraire et artistique*, p. 322 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Construction ou déconstruction du droit de communication au public, doctrine droit d'auteur : Auteurs et Média, mai 2012, p. 403 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Droit de distribution, Note sous Cour de justice de l'Union européenne, Grande Chambre, 3 juillet 2012, UsedSoft GmbH contre Oracle International Corp., affaire numéro C-128/11 : RTD com., juillet 2012, n° 3, p. 542 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Communication au public. Diffusion sur Internet de programmes télédiffusés. « Streaming » : RDT Com., avril-juin 2013, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, p. 267 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Droits sui generis du producteur de bases de données : RTD Com. avril-juin 2013, *Chroniques, Propriété littéraire et artistique*, p. 309 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Mesures techniques de protection – jeux video (CJUE, 23 janvier 2014, n°C-355/12, Nintendo (Sté) c/ PC Box (Sté), D.2014. 272 : RTD Com. Janvier-mars 2014, p. 108 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Oeuvres d'art, Distinction de la propriété corporelle et de la propriété intellectuelle, Droit de reproduction, loi du 5 avril 1910. (Paris pôle 3, ch.1, 18 décembre 2013, consorts Matisse et Picasso) : RTD Com, janvier-mars 2014, p. 112 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Exceptions. internet. „Copies-écran“ et „copies-caches“. Reproduction technique provisoire à caractère transitoire ou accessoire. (CJUE 5 juin 2014, n°C-360/13, Public Relations Consultants Association c/ Newspaper Licensing Agency, D.2014. 1271; Propr. Intell. Juillet 2014, p.273, obs. A.Lucas) : RTD Com. juillet-septembre 2014, p. 606 s.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

Droit de communication au public. Notion. Extension. Hyperliens. (CJUE 13 février 2014, n°C-466/12 Svensson c/ Retriever Sverige (Sté), D.2014. 480; Propr. Intell. Juill. 2014, p.234-241, obs. S. Dormont) : RTD Com. Juillet-septembre 2014, p. 600 s.

POULLET Yves

Intérêt général, droits de propriété intellectuelle t société de l'information, in : L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, colloque du 21 et 22 avril 2006, Mireille BUYDENS [éd.], Bruxelles 2008, Bruylant, p. 53 s.

PRAULT Chloé

Le référencement sur internet, menace ou opportunité pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle ? : *Propriété industrielle*, novembre 2012, n°11, p. 9 -14, LexisNexis.

PRES Xavier

Cyberdélit en droit d'auteur: le critère de la destination est mort; vive celui de l'accessibilité : RLDI, Numéro 114, Avril 2015, p. 10-14.

PUTMAN Emmanuel

La « preuve par l'adresse IP » : une vraie question...déjà dépassée ? in *Glose autour des lois « Hadopi »*. ..dossier spécial HADOPI : RLDI, janvier 2011, n°67, p. 84 s.

QUAEDVLIEG Anton

Le droit de communication au public dans la jurisprudence de la CJUE, in : *Colloque en l'honneur du Prof. André Lucas* : PI, n°55, avril 2015, p. 125-132.

RAUE Peter

Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, in : *Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag*, Ulrich LOEWENHEIM [éd.], München 2004, C.H. Beck, p. 327 s.

RAUER Nils, ETTIG Diana

Verkehrsfähigkeit von E-Books und anderen digitalen Werken : GRUR-Prax 2015, 202 s.

REBER Nikolaus

Digitale Verwertungstechniken –neue Nutzungsarten: Hält das Urheberrecht der technischen Entwicklung noch stand? : GRUR 1998, 792 s.

REDEKER Helmut

Das Konzept der digitalen Erschöpfung- Urheberrecht für die digitale Welt, Was eigentlich übertragen wird und weitergegeben werden darf : CR 2/2014, p. 73-78.

REINBOTHE Jörg

La protection du droit d'auteur et des droits voisins au sein de l'Union européenne, les chantiers à venir : PI, janvier 2002, n°2, *Colloque*, p. 66 s.

REINHARD Singer, WÜNSCHMANN Jan

Plagiarism and its effects on the German Ph.D: Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag, BULLINGER Winfried e. a. [éds.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 113 s.

REISCHL Gerhard

Europäisches Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz im Lichte der Rechtsprechung des EUGH, Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes Saarbrücken, den 6. November 1990, Saarbrücken 1990, *Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut Nr. 219*, Europa-Institut.

RENEAUD Fabrice

Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique. Le projet de loi de Jean Zay sur le droit d'auteur et le contrat d'édition : RLDI, 1. octobre 2008, n°42, p. 63 s.

REUTHER Manfred

„Der Künstler muss leben, um schaffen zu können“- Emil Noldes frühe Copyright-Probleme in : *Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag*, Ulrich LOEWENHEIM [éd.], München 2004, C.H. Beck, p. 95 s.

RHEIN Monika

Phil Collins und das Dritte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes . Zum Einfluss der Rechtsprechung des EuGH auf den europäischen Urheberschutz in Deutschland in : *Festschrift für Henning PIPER zum 65. Geburtstag*, Willi ERDMANN, Wolfgang GLOY, Rolf HERBER [éds.], München 1996, éd. Beck, p. 755 s.

RIDARD Basile

La protection constitutionnelle du droit d'accès à internet et le droit d'auteur, in : *Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle, journée d'études JC-RDST à Grenoble le 30 septembre 2011* : RLDI, décembre 2011, supplément au n°77, p. 42 s.

RIESENHUBER Karl

Wer ist Sender? Eine Nachlese zur Regio-Vertrag-Entscheidung des BGH : ZUM 2011, 134 s.

RIESENHUBER Karl

Die «Öffentlichkeit» der Kabelweitersendung : ZUM 2012, 433 s.

RIESENHUBER Karl

BGH : EUGH-Vorlage zum Begriff der öffentlichen Wiedergabe–Breitbandkabel : LMK 2012, décembre 2012, commentaire, 340736.

RIESENHUBER Karl

BGH: Framing als öffentliche Wiedergabe- Die Realität : LMK, août 2013, commentaire de l'arrêt, 349342.

ROBIN Agnès

Généralités. Droit d'exploitation : J.-Cl. PLA, Fasc. 1240, 2007.

ROBIN Agnès

Université numérique et créations immatérielles : l'enseignement en mode e-learning : PI, juillet 2010, n°36, p. 833 s.

ROJINSKY Cyril

Hyperliens et droit à l'interopérabilité dans la société de l'information : CCE, Juillet-août 2002, p. 10 s.

RÖTTINGER Moritz

Vom „Urheberrecht ohne Urheber“ zur „Währung des Informationszeitalters“: Das Urheberrecht in Rechtspolitik und Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft, in : *Ein Leben für Rechtskultur, Festschrift für Robert DITTRICH zum 75. Geburtstag*, Helmuth TADES, Karl-Heinz DANZL, Gernot GRANINGER, Wien 2000, Manz, p. 269 s.

ROUX Olivier

Responsabilité d'un agrégateur de blogs : quelques lignes dégagées en référé : RLDI, mai 2010, n°60, actualités éclairage, p. 46 s.

ROUX Olivier

eBay est bien un courtier ! : RLDI, novembre 2010, n°65, actualités éclairage, p. 40 s.

ROZENFELD Sylvie

Guillaume Teissonnière. De la convergence numérique à la convergence des droits : Expertises des systèmes d'information, décembre 2012, n°375, p. 409 s.

SANCHIS, M. José

L'impact de la cyber-contrefaçon pour les entreprises dans le secteur du jeu vidéo, in *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, Colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, LexisNexis Litec.

SAINT-MARTIN Axel

Les spécificités de l'action en contrefaçon au regard du droit commun in : *Propriété intellectuelle et droit commun*, Jean-Michel BRUYIERE [éd.], Aix-en-Provence 2007 : PUAM, p. 57 s.

SANDBERGER Georg

Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen? : ZUM 2006, 818 s.

SARDAIN Frédéric

La contrefaçon du fait des liens hypertextes : CCE, juin 2005, études, p. 9 s.

SATTLER Andreas

Erschöpfung des Verbreitungsrechts an Kopien eines Computerprogramms – Usedsoft III : GRUR 2015, 772s. (Anmerkungen, 779 s.).

SCHACK Haimo

Rechtsprobleme der Online-Übermittlung : GRUR 2007, 639 s.

SCHAEFER Martin

Vom Nutzen neuer Nutzungsarten – Urheberrechtliche Gemengelagen und ihr Einfluss auf die Auswertbarkeit bestehender Produktionen in neuen Nutzungsarten, in: *Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag*, Ulrich LOEWENHEIM [éd.], München 2004, C.H. Beck, p. 227 s.

SCHAFFNER Marianne, GEORGES Sandra

AdWords : la clé du succès du système de mots clés : RLDI, octobre 2010, n°64, actualités éclairage, p. 11 s.

SCHAFFNER Marianne, SROUSSI Grégory

Responsabilité des hébergeurs : une responsabilité Sans Définition Fixe : RLDI, octobre 2010, n°64, actualités éclairage, p. 33 s.

SCHAFFNER Marianne, VIRET Romain

Un début d'éclaircissement sur l'articulation entre saisie-contrefaçon et droit d'information : RLDI, mars 2010, n°58, actualités éclairage, p. 9 s.

SCHMIDT Christian Heiner

Anmerkungen zur Diskussion um die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts in den Filesharing verfahren : GRUR 2010, 673 s.

SCHMITT Thomas Rainer

Anmerkung von EUGH: Keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei Wechsel des Trägermediums („Leinwandtransfer“) : JusIT, 2/2015, p. 4-6.

SCHMITTMANN Michael, SCHWENK Deborah

Blick nach Brüssel, Rechtsprechungs-Übersicht: AfP, 2013, p. 309 s.

SCHNEIDER Jochen, SPINDLER Gerald

Der Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter“ Software im Praxistext. Der Umgang mit dem unabdingbaren Kern als Leitbild für Softwareüberlassungs-AGB und andere praxisrelevante Aspekte aus BGH, Urt.v.17.7.2013- I ZR 129/08- Usedsoft II : CR 4/2014, p. 213-223.

SCHOLZ Jochen

Mögliche vertragliche Gestaltungen zur Weitergabe von Software nach „Usedsoft II“ : GRUR 2015, 142 s.

SCHRICKER Gerhard

Bemerkung zur Erschöpfung im Urheberrecht, in : *Urheberrecht, Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 447 s.

SCHULZ Daniela

Der Bedeutungswandel des Urheberrechts durch Digital Rights Management-Paradigmenwechsel im deutschen Urheberrecht? : GRUR 2006, 470.

SCHULZE Ellen Franziska

Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law : E.I.P.R., Issue 1, 2014, Thomson Reuters UK Limited and Contributors, p. 9-13.

SCHULZE Gernot

Wann beginnt eine Urheberrechtlich relevante Nutzung? : ZUM 2000, 126 s.

SCHULZE Gernot

Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? – Anmerkung zu EuGH „Infopaq/DDF“ : GRUR 2009, 1019 s.

SCHULZE Gernot

Aspekte zu Inhalt und Reichweite von § 19a UrhG : ZUM 2011, 2.

SCHULZE Gernot

Werkgenuss und Werknutzung in Zeiten des Internets : NJW 2014, p. 721 s.

SCHULZE Gernot

Svensson, Bestwater und Die Realität – Ist Framing nun grundsätzlich zulässig?, Anmerkung zu EuGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 – C-348/13– Bestwater : ZUM 2015, 106 s.

SCHWARZ Mathias

Urheberrecht und unkörperliche Verbreitung multimedialer Werke : GRUR 1996, 836 s.

SENFTLEBEN Martin

L'application du triple test : vers un système de fair use européen ? : PI, octobre 2007, n°25, p. 453 s.

SENFTLEBEN Martin

Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld. Die Usedsoft-Entscheidung des EUGH: Sündenfall oder Befreiungsschlag? : NJW 2012, p. 2924 s.

SIIRIAINEN Fabrice

Convention universelle sur le droit d'auteur : J.-Cl. PLA, Fasc. 1935, 2002.

SIIRIAINEN Fabrice

Retour sur la construction du „droit de communication au public“ par la CJUE ou le droit d’auteur comme „le droit de clientèle“, Colloque en l’honneur du Prof. André Lucas : PI , n°55, avril 2015, p. 143-148.

SINGH Asim

Quelques observations sur le dernier exemple de conflit entre les nouvelles technologies et le droit d’auteur en matière audiovisuelle : RLDI, novembre 2008, n°43, p. 8 s.

SINGH Asim, CALMES Dominique

La justice dit « no go » à Wizzgo. Commentaire de la décision du Tribunal de grande instance de Paris du 25 novembre 2008, Wizzgo c/ Métropole Télévision et autres : RLDI, janvier 2009, n°45 p. 6 s.

SINGH Asim, ISRAEL Sylvia

« Google Books » : morceaux choisis : RLDI, février 2010, n°57, actualités éclairage, p. 6 s.

SINGH Asim, BABELON Charlotte

Les liens profonds à l’épreuve du droit de représentation : RLDI, novembre 2010, n°65, actualités éclairage, p. 6 s.

SINGH Asim, CHAREY Baptiste

L’arrêt Wizzgo : un regard en droit comparé : RLDI, mars 2012, n°80, p. 10 s.

SINGH Asim, CHAREY Baptiste

Les liens hypertexte et la communication au public : RLDI, janvier 2013, n°89, p. 6 s.

SIRINELLI Pierre

Etat des lieux - La situation en France, in : Perspectives d’harmonisation du droit d’auteur en Europe, Actes des Rencontres Franco-Allemandes 2007, Collection IRPI, Tome 29, 2007, p. 41 s.

SIRINELLI Pierre

Bref aperçu du premier avant projet de loi de transposition de la directive communautaire du 22 mai 2001 : PI, janvier 2003, n°6, p. 58 s.

SIRINELLI Pierre

De nouveaux modèles pour le droit d’auteur, le point de vue du juriste : PI, octobre 2007, n°25, p. 397 s.

SIRINELLI Pierre

Chronique de Jurisprudence : RIDA, 1. janvier 2009, n°219, p. 193 s.

SIRINELLI Pierre

Propos introductifs in La propriété littéraire et artistique en quête de sens, à l’occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C, 26 mars 2009 : RLDI, supplément au n°49, mai 2009, p. 1 s.

SIRINELLI Pierre

Droits patrimoniaux : RIDA, 1. janvier 2010, n°223, p. 313 s.

SIRINELLI Pierre

Chronique de Jurisprudence, actualité jurisprudentielle de l'Union européenne : RIDA, 1. janvier 2011, n°277, p. 209 s.

SIRINELLI Pierre

Propriété littéraire et artistique février 2011-juillet 2012 in : Recueil Dalloz Sirey, décembre 2012, n°42, p. 2836 s.

SIRINELLI Pierre

Un marché dans les nuages : le « cloud computing » : Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI, Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) à Paris, le 28 novembre 2012, Paris 2014, LexisNexis, p. 69 s.

SIRINELLI Pierre

Chronique de Jurisprudence: Action en contrefaçon : RIDA, n°240, Avril 2014, p. 265 s.

SIRINELLI Pierre/CARVALHO Liliane de

Réforme du contrat d'édition, commentaire de l'ordonnance du 12 novembre 2014, Recueil Dalloz 2015, p. 498 s.

SOLMECKE Christian

EuGH: Kein Zustimmungserfordernis des Urheberrechtinhabers für Betrachtung von Internetseiten – Cache-Speicher : MMR 2014, 541

SOLMECKE Christian, DAM Annika

Anmerkung zum Beschl. V. 21.10.2014 (Rechtssache C-348/13, Bestwater), EuGH: Öffentliche Wiedergabe durch Framing – Bestwater International : MMR 2015, 46-48.

SOSKIN Ilana

Contenus en ligne, Liens hypertextes et acte de communication au public : Expertises, août-septembre 2010, p. 311 s.

SPINDLER Gerald

Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft : GRUR 2002, 105 s.

SPINDLER Gerald

Urheberrecht in der Wissensgesellschaft- Überlegungen zum Grünbuch der EU-Kommission: : Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim, HILTY Reto M., DREXL Josef, NORDEMANN Wilhelm [éd.], München 2009, éd. Beck, p. 287 s.

SPINDLER Gerald

Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht . Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder“: GRUR 2010, 785 s.

SPINDLER Gerald

Präzisierung der Störerhaftung im internet, Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im internet“ : GRUR 2011, 101 s.

SPINDLER Gerald

Web-Radio und Aufnahmesoftware- Probleme der Ausnutzung von Schrankenbestimmungen und rechtspolitische Optionen: Festschrift für A.-A. Wandtke zum 70. Geburtstag, BULLINGER Winfried [éd.], Berlin [u.a.], 2013, de Gruyter, p. 517 s.

SPINDLER Gerald

Internetplattformen und die Finanzierung der privaten Nutzung : ZUM 2014, 91 s.

SPINDLER Gerald

Die Reform des Urheberrechts : NJW 2014, p.2550 s.

SPINDLER Gerald

Gerald, Das Ende der Links : Framing und Hyperlinks auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung ? : GRUR 2016, 157.

SPITZ Brad

Pas d'exception de copie privée pour le magnétoscope online : Légipresse, 1. novembre 2008, n°256, p. 214 s.

SPITZ Brad

L'incorporation de l'enregistrement d'une œuvre musicale dans une bande annonce télévisée : RLDI, janvier 2010, n°56, actualité éclairage, p. 10 s.

SPOOR Jaap

La multiplication des entités ayant vocation à interpréter ou générer la règle, in : *Regards sur les sources du droit d'auteur*, congrès ALAI, 18-21 septembre 2005, Paris, www.afpida.org, p. 277-287.

STAUDEGGER Elisabeth

Anmerkung von EUGH: Direktübertragungen von Sportereignissen fallen nicht unter Art. 3 Abs. 2 Info-RL 2001/29/EG : JusIT, 3/2015, p. 96-97.

STEINBECK Anja

Die Entwicklung des europäischen Urheberrechts in den Jahren 2012-2013 : EuZW 2014, p. 329 s.

STIEPER Malte

Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung. Urheberrechtliche Bewertung des Streaming vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in Sachen FAPL/Murphy : MMR 2012, 12 s.

STIEPER Malte

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11– UsedSoft : ZUM 2012, 668 s.

STIEPER Malte

Zulässigkeit des Vertriebs gebrauchter Softwarelizenzen – Usedsoft II : GRUR 2014, 264 s.

STOFFEL-MUNCK Philippe

Avis de tempête sur le Web 2.0 : la Cour de cassation juge que Tiscali n'est pas un hébergeur : CCE, mars 2010, Commentaires 25, n°3, p. 30 s.

STOFFEL-MUNCK Philippe

eBay favorise-t-il la concurrence déloyale des para-commerçants ? : CCE, mars 2010, Commentaires 26, n°3, p. 32 s.

STOFFEL-MUNCK Philippe

Le consommateur qui se rétracte peut-il être tenu d'une indemnité de jouissance ? : CCE, juin 2010, n°64, *Commentaires, Ventés à distance*, p. 37 s.

STOFFEL-MUNCK Philippe

La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google Adwords : CCE, septembre 2010, *Commentaire* 88, n°9, p. 40 s.

STÖGMÜLLER Thomas

Erschöpfung des Verbreitungsrechts an per Download veräußerter Software : GRUR-Prax 2014, 58 s.

STRÖMHOLM Stig

Alte Fragen in neuer Gestalt- das internationale Urheberrecht im IT-Zeitalter, in : *Urheberrecht, Gestern- Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, GANEA Peter e. a. [éds.], München 2001, C.H. Beck, p. 533 s.

STREINZ Rudolf

Europarecht: Dienstleistungsfreiheit-Wettbewerbsrecht- Unzulässige Marktabschottung für Fernsehrechte : JuS 2012, p. 371 s.

STREIT Georg, JUNG Sascha

TV-Streaming, öffentliche Wiedergabe und das UrhG : ZIR, avril 2013 *Judikatur, Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht*, p. 287 s.

STROMHOLM Stig

Verwertungsrecht und Nutzungsrecht- Gedanken zur Systematik der deutschen Urheberrechtsgesetze : GRUR Int 1973, 350.

STROWEL Alain

A propos de l'ordonnance Bestwater et de l'arrêt C-More Entertainment, Jurisprudence, droit d'auteur : *Auteurs & Media* 2015/2, p. 175-180.

STROWEL Alain

Etablir un hyperlien ne constitue pas une „communication au public“ selon la Cour de justice de l'Union européenne. Retour sur l'affaire Svensson en attendant les arrêts BestWater et C More Entertainment : *Auteurs&Media* 2014/3-4, p. 228-232.

STROWEL Alain

Towards a European Copyright law: Four issues to consider, in : *EU Copyright Law, a Commentary*, Irini STAMATOUDI, Paul TORREMANS [éds.], Elgar Commentaries, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2014, p. 1127 s.

STROWEL Alain

La loi création et internet : de la confirmation d'un « droit d'accès » en droit d'auteur à l'analyse de la proportionnalité de la réponse graduée, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, LexisNexis Litec, p. 99 s.

STROWEL Alain

La licence obligatoire et les méthodes autoritaires de fixation des redevances in : *Regards sur les sources du droit d'auteur*, congrès ALAI, 18-21 septembre 2005, Paris, www.afpida.org, p. 665-678.

STROWEL Alain, IDE Nicolas

La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens : RIDA, septembre 2000, n° 185, p. 3 s.

SYNODINOU Tatiana-Eleni

Réflexions autour de la récente et féconde oeuvre jurisprudentielle européenne en droit d'auteur, colloque en l'honneur du Prof. André Lucas : PI , n°55, avril 2015, p. 149-154.

TADES Helmuth, DANZL Karl-Heinz, GRANINGER Gernot

Ein Leben für Rechtskultur: Festschrift für Robert Dittrich zum 75. Geburtstag, Wien 2000, Manz.

TAFFOREAU Patrick

Droits patrimoniaux de l'artiste-interprète. Exceptions et limitations au droit exclusif : J.-Cl. PLA, Fasc. 1417, 2008.

TAFFOREAU Patrick

Droits patrimoniaux de l'artiste-interprète. Droit exclusif : J.-Cl. PLA, Fasc. 1435, 2009.

TAFFOREAU Patrick

Rapports entre droit d'auteur et droits voisins : J.-Cl. PLA, Fasc. 1400, 2010.

TAFFOREAU Patrick

Un an de droits voisins, CCE, n°10, octobre 2016, chron. 11.

TAHON-RENAUDIN Caroline, RITTER Olivier

La messagerie électronique : Légicom avril 1995, n°8, p. 126 s.

TARDIEU GUIGUES Elisabeth

La réservation de mots clés par eBay, annonceur, est constitutive de contrefaçon : RLDI, mai 2010, n°60, actualités éclairage, p.6 s.

TATTAY Levente

Entwicklungsgeschichte der Rechte des geistigen Eigentums in der Europäischen Union: GRUR Int. 2013, 1012 s.

TECHENE Vincent, PIRIOU Florence-Marie

L'exploitation numérique des livres indisponibles du XXème siècle : un régime juridique « sur mesure » : Lexbase Hebdo-Edition affaires, mars 2012, n°288.

TECHENE Vincent

Rémunération pour copie privée : adoption du projet de loi par l'Assemblée nationale : Lexbase Hebdo -Edition affaires, décembre 2011, n°276.

TECHENE Vincent

Le streaming, analyse et commentaire de la décision du TGI Paris du 28 novembre 2013, Lexbase Hebdo- Edition Affaires, avril 2014, n°377.

TEISSONNIERE Guillaume

Obligations et responsabilités des plates-formes de partage vidéo : RLDI, janvier 2010, n°56, p. 70 s.

TEISSONNIERE Guillaume

Le nouveau droit français des jeux et paris en ligne : RLDI, juillet 2010, n°62, *Perspectives études*, p. 88 s.

THIERACHE Corinne, FAUCHOUX Vincent, RAMOND-BAILLY ISABELLE et autres.

Propriété intellectuelle : la rémunération des auteurs d'oeuvres publiées sur internet - l'intérêt privé des auteurs sacrifié sur l'autel de la démocratisation de la culture ? : RLDI, mars 2010, *Les rencontres annuelles du droit de l'internet 2009*, n°58, p. 92 s.

THIERACHE Corinne

Le droit à l'oubli numérique : un essai qui reste à transformer : RLDI, janvier 2011, n°67, p. 6 s.

THIERACHE Corinne, BUI Carole

Télévision connectée : l'heure de la convergence a-t-elle vraiment sonné ? : LEGIPRESSE, mai 2011, n°283, p. 265 s.

TILLIET Hubert

Les dispositions relatives à l'encouragement de l'offre légale et à la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux de communication au public en ligne dans les lois des 12 juin et 28 octobre 2009 : RIDA, janvier 2009, p. 77 s.

TILMANN Winfried

Europäische Gerichtsstruktur auch für Urheberrechte? : GRUR 2011, 1096 s.

TILMANN Winfried

Ein Modellgesetz für Geistiges Eigentum- Ergebnis eines GRUR-Forschungsprojekts : GRUR 2012, 961 s.

TORREMANS Paul

Intellectual Property and the EU-rules on Private International Law: Match or Mismatch?, in : *EU Copyright Law, a Commentary*, Irini STAMATOUDI, Paul TORREMANS [éds.], Elgar Commentaries, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2014, p. 1019 s.

TOUMYRE Lionel

Les faces cachées de la décision du conseil Constitutionnel sur la loi Dadvisi : RLDI, octobre 2006, n°20 p. 6 s.

TIRAILLE Jean-Paul, DUSOLLIER Séverine, DEPREEUW Sari, HUBIN Jean-Benoît, FRANQUEN, Amélie de

Preliminary Studies to the Future EU Copyright Review: about (some) Exclusive Rights and (some) Exceptions, *Doctrine, Droit d'auteur* : *Auteurs & Media* 2015/2, p. 147-157.

TREPPOZ Edouard

L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement : CCE, juillet-août 2010, n° 7 et 8, étude 14, p. 6 s.

TREPPOZ Edouard

Droit européen de la propriété intellectuelle : RTDE, octobre 2010, n°4, p. 939 s.

TREPPOZ Edouard

Droit européen de la propriété intellectuelle. L'épuisement du droit de représentation : outil contesté d'un marché unique des services : RTDE, octobre 2011, n°4, p. 855 s.

TREZEGUET Marlène

Lien Hypertexte et contrefaçon de logiciel, Statuts particuliers : logiciels, actualités, observations sous jugement partiellement reproduit, TGI Nanterre, 1^{re} ch., 25 mars 2010, Ordinateur Express c/ CBS Interactive : RLDI, mai 2010, n°60, p. 26 s.

TREZEGUET Marlène

Revue du web et exceptions de courte citation, actualités, observations sous jugement partiellement reproduit, TGI Nancy pôle civil, sect. 1^{re} civ., 6 déc. 2010, le Bien public, les journaux de Saône-et-Loire et le Bien public c/Dijonscope : RLDI, mars 2011, n°69, p. 19 s.

TREZEGUET Marlène

Diffusion de musique dans les chambres d'hôtel : RLDI, avril 2012, n°81, p. 24 s.

TROIANELLO Antonino

La rémunération de la copie privée à l'épreuve de la révolution numérique : RLDI, juillet 2011, n°73, p. 9 s.

TROIANELLO Antonio

La CJUE s'oppose au filtrage généralisé de l'internet : RLDI, janvier 2012, n°78, *Perspectives réflexions croisées*, p. 71 s.

ULLMANN Eike

Das Europäische Urheberrecht in der deutschen Rechtsprechung, in: Karl RIESENHUBER (Hrsg.), *Systembildung im Europäischen Urheberrecht*, 2007, p. 301 s.

ULLRICH Jan Nicolaus

"Die Öffentliche Wiedergabe" von Rundfunksendungen in Hotels nach dem Urteil SGAE des EUGH (Rs. C-306/05): ZUM 2008, 112 s.

ULRICH Jan Nicolaus

Clash of Copyrights-Optionale Schranke und zwingender finanzieller Ausgleich im Fall der Privatkopie nach Art.5 abs.2 lit. b) Richtlinie 2001/29/EG und Dreistufentest : GRUR Int. 2009, 283 s.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Erschöpfung des Verbreitungsrechts und Vermietung von Videokassetten : GRUR1984, 262-267.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil I) und (Teil II) : GRUR 2010, 273 s.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Senderecht und Recht an der öffentlichen Zugänglichmachung –Verwertungsrechte in einer sich wandelnden Medienwelt, in Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube- Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt, in: *Vortragveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln vom 18 Juni 2010*, Klaus STERN, Karl-Nikolaus PEIFER, et Karl-Eberhard HAIN [Hrsg], München 2011, C.H.

Beck (Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Band 104), p. 51s.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2010 und 2011 (Teil I): GRUR 2012, 224 s.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2010 und 2011 (Teil II) : GRUR 2012, 321 s.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts Zugleich Besprechung zu EuGH, Urt.v. 15.3.2012- C-162/10- Phonographic Performance (Ireland), und Urt.v. 15.3.2012- C-135/10-SCF : GRUR 2012, 576 s.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts : GRUR 2012, 1198 s.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Die Rechtsprechung des EUGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2012 : GRUR 2013, 248 s.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2014 : GRUR 2015, 205 s.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Verwendungen des Werkes in veränderter Gestalt im Lichte des Unionsrechts : GRUR 2015, 533-540.

UNGERN-STERNBERG Joachim von

Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu GRUR den verwandten Schutzrechten im Jahre 2015 : GRUR 2016, 321.

VARET Eléonore

Football Dataco, seconde mi-temps, contrefaçon en ligne du droit sui generis sur une base de données et compétence juridictionnelle : RLDI, décembre 2012, n°88, actualités éclairage, p. 11 s.

VARET Vincent

Les risques juridiques en matière de liens hypertextes : LEGIPRESSE, novembre 2002, n°196, *Chroniques et opinions*, p. 139 s.

VARET Vincent

« Riposte graduée » : beaucoup de bruit pour rien ? : LEGIPRESSE, janvier 2010, n°268, *Chroniques et opinions*, p. 1 s.

VARET Vincent

Riposte graduée : suite et (presque) fin !, le dispositif Hadopi de lutte contre le téléchargement illicite, décryptage des décrets des 25 juin et 26 juillet 2010 : LEGIPRESSE, septembre 2010, n°275, p. 246 s.

VARET Vincent

Dailymotion hébergeur : le triomphe du marché, Commentaire de l'arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 17 février 2011 : LEGIPRESSE, mai 2011, n°283, p. 297 s.

VARET Vincent

De distorsions le droit de reproduction s'est épuisé. A propos de l'arrêt de la CJUE, en date du 3 juillet 2012, Usedsoft c/Oracle : PI, octobre 2012, n°45, p. 384 s.

VARET Vincent

Liens hypertextes et droit d'auteur : les chemins de la liberté : Légipresse n°316, mai 2014, Chroniques&Opinions, p. 275 s.

VERBIEST Thibault

Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites web ? : Expertises, juillet 2000, p. 224 s.

VERBIEST Thibault, WERY Etienne

La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés : LEGIPRESSE, mai 2001, n° 181, Chroniques et opinions, p. 49 s.

VERBRAEKEN Erik

The exhaustion Theory is not yet Exhausted : Les Nouvelles, March 2014, p. 37-44.

VERCKEN Gilles

La consécration des mesures techniques de protection, un combat d'arrière-garde ? : PI, octobre 2007, n°25, p. 413 s.

VIANNEY de la BOULAYE

Les dispositions principales ont vocation à être étendues à tous les éditeurs français qui le souhaitent (Propos recueillis par Amélie Blocman) : Légipresse, décembre 2010, N°278, 31^e année, Actualité Interview, p. 391 s.

VINCENT Jean

Droits des producteurs de phonogrammes : J.-Cl. PLA, Fasc. 1440, 2010.

VIVANT Michel

Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006 : recueil Dalloz, 2^e cahier droit des affaires n°31/7260, septembre 2006, p. 2159 s.

VIVANT Michel

Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... : PI, avril 2007, n°23, p. 193 s.

VIVANT Michel, GEIGER Christophe

Autre Regard : PI, octobre 2008, n°29, Chroniques, p. 483 s.

VIVANT Michel

Droit d'auteur et théorie de l'accessoire : et si l'accessoire révélait l'essentiel ? : La semaine Juridique Edition Générale, juillet 2011, n°28, p. 1360 s.

VIVANT Michel

La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir in : *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI, Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) à Paris, le 28 novembre 2012, Paris 2014, LexisNexis, p. 5 s.*

VIVANT Michel

La nécessité d'une régulation des exceptions ? Quelle régulation pour les exceptions ? Régulation : significations multiples, pratiques différentes : RLDI, juin 2013, supplément au n°94, p. 47 s.

VOLKSMANN Christian

Haftung für fremde Inhalte: Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen Hyperlink Setzer im Urheberrecht: GRUR 2005, 200 s.

VÖLTZ Gregor

Sind Fan-Gesänge im Fußballstadion vergütungspflichtig? Über das Verhältnis von öffentlicher Wiedergabe und Werkgenuss : UFITA, Band 2011/III, p. 685 s.

WAGNER Kristina

Streaming aus der Sicht des Endnutzers – noch Graubereich oder bereits tiefschwarz? : GRUR 2016, 874.

WALLON François

Le recours à l'expert technicien ou comment faire constater une infraction sur internet ?, in : *Contrefaçon sur internet : les enjeux du droit d'auteur sur le Web 2.0*, colloque organisé par l'IRPI à Paris, le 27 octobre 2008, Paris 2009, colloque de l'IRPI, LexisNexis Litec.

WALTER Michel M.

„Öffentliche Wiedergabe und Online-Übertragung- Berner Übereinkunft, WIPO-Verträge, künftige Info-RL und deren Umsetzung in österreichisches Recht, in : *Ein Leben für Rechtskultur: Festschrift für Robert Dittrich zum 75. Geburtstag*, Wien 2000, Manz, p. 363 s.

WANDTKE Artur-Axel

Korb II und die unbekanntenen Nutzungsarten im Arbeitsverhältnis: : Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim, HILTY Reto M., DREXL Josef, NORDEMANN Wilhelm [éds.], München 2009, C.H. Beck, p. 393 s.

WANDTKE Artur-Axel, TESSEN VON GERLACH Felix

Die Urheberrechtliche Rechtmäßigkeit der Nutzung von Audio-Video Streaminginhalten im internet : GRUR 2013, 676 s.

WANDTKE Artur-Axel, KÖNIG Robert

Reform der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen zugunsten von Bildung und Wissenschaft : ZUM 2014, 921-930.

WENN Matthias

Private und gewerbliche Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte, in : J. Träger (Hrsg), *IT und internet mit Recht gestalten*, Oldenburg 2012, Olwir.

WIECHMANN Peter

Video-on-Demand als verlängertes Senderecht oder eigenständige Verwertungsart? Medienrechtliche und urheberrechtliche Aspekte : ZUM 2014, 764-772.

WEKSTEIN Isabelle

Droits voisins, licence légale et loi du 1^{er} août 2006 in : Recueil Dalloz 2006, n°31, p. 2189 s.

WELSER Marcus v.

Rechtsache C-456/06 Peek & Cloppenburg KG./Cassina : GRUR Int. 2008, 593 s.

WENN, Matthias

Private und gewerbliche Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte : DRSI, 2012, p. 261s.

WESTKAMP Guido

Öffentliche versus private Wiedergabe im europäischen Urheberrecht : EuZW 2012, p. 689.

WILLE Stefan

Framing, kein Fall des öffentlichen Zugänglichmachens i. S. d. § 19a UrhG: GRUR-Prax 2013, 297.

WOLFF-ROJCZYK Oliver, HANSEN Hauke

EUGH: Generalanwalt erachtet Übertragung „gebrauchter Lizenzverträge“ als unzulässig : MMR-Aktuell, Ausgabe 9/2012 vom 10. Mai 2012, Kurzbeiträge und Kommentare.

ZECH Herbert

Vom Buch zur Cloud. Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter : ZGE, Band 5, 2013, p. 368-396.

ZECH Herbert

Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud, Das Verhältnis von Urheber- und Vertragsrecht bei Verträgen über den Werkkonsum per Cloud-Computing (Vortrag im Rahmen des Symposiums des Instituts für Urheber- und Medienrecht „Lizenzmodelle in der Cloud“ am 18.10.2013 in München) : ZUM 2014, 3-10.

ZECH Herbert

Recht der Computer- und Videospiele, Buchkommentar : ZUM 2014, 625-626.

ZENEFELS Alexander, PETERS Jörn

Podiumsdiskussion zum Thema „Brauchen wir ein Leistungsschutzrecht für Verleger?“, in : *Der Schutz des Geistigen Eigentums im internet*, Stefan LEIBLÉ [éd.], Tübingen 2012, Mohr Siebeck p. 237 s.

ZOLYNSKI Célia, MARTIAL-BRAZ Nathalie

Chronique de droit de la propriété intellectuelle, octobre 2011 : Lexbase Hebdo- édition affaires du 27 octobre 2011, n° 270.

ZOLYNSKI Célia, MARTIAL-BRAZ Nathalie

Chronique de droit de la propriété intellectuelle, novembre 2011 : Lexbase Hebdo- édition privée générale, du 3 novembre 2011, n°460.

ZOLYNSKI Célia

Le test en trois étapes, renouvellement des pouvoirs du juge ? in *La mise en œuvre de la loi DADVSI par les médias*, actes du FORUM Légipresse du 5 octobre 2006 : LEGICOM, mars 2007, n°39, p. 107 s.

ZOLYNSKI Célia

Le filtrage ne doit pas être disproportionné : Lexbase Hebdo- édition affaires, 19 avril 2012, n°293.

ZOLYNSKI Célia, MARTIAL-BRAZ Nathalie

Chronique de droit de la propriété intellectuelle : Lexbase Hebdo -édition affaires du 5 mai 2011, n°249.

ZOLYNSKI Célia, MARTIAL-BRAZ Nathalie

Chronique de droit de la propriété intellectuelle : Lexbase Hebdo-édition privée du 12 mai 2011, n°439.

ZOLYNSKI Célia, MARTIAL-BRAZ Nathalie

Chronique de droit de la propriété intellectuelle : Lexbase Hebdo-édition affaires du 21 juillet 2011, n°260.

ZOLYNSKI Célia,

L'épuisement en ligne, colloque en l'honneur du Prof. André Lucas : PI , n°55, avril 2015, p. 133-138.

ZYLBERSTEIN Jean-Claude

L'exception d'information par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, Interprétation et mise en œuvre, in : *La mise en œuvre de la loi DADVSI par les médias*, actes du FORUM Légipresse du 5 octobre 2006 : LEGICOM, mars 2007, n°39, p. 21 s.

IV- Rapport et Avis, Consultations, Communication, Propositions de Lois

2000-2002

Rapport de la Commission au conseil, au parlement européen et au comité économique et social, sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Bruxelles, 10.04.2000, COM (2000) 199 final.

2002-2005

Rapport de la commission du CSPLA (2001) et avis 2002-1 (mars 2002), portant sur la rémunération pour copie privée.

Rapport du CSPLA (octobre 2002) et avis n°2004-1 (mars 2004). Commission sur la propriété littéraire et artistique et les libertés individuelles dans l'environnement numérique.

Stellungnahme der DGRI zum Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 27.9.2004.

Rapport du CSPLA (février 2004) et Avis n° 2004-2 (mars 2004) relatif à la propriété littéraire et artistique et au droit de la concurrence.

Rapport (octobre 2004) et Avis n°2005-2 (décembre 2005) du CSPLA, Commission spécialisée portant sur la distribution des œuvres en ligne. Président : Pierre SIRINELLI, Vice présidentes : Josée-Anne BENAZERAF, Joëlle FARCHY. Rapporteur : CASSAGNABERE Hervé, LARERE Brigitte.

2007

Rapport et Avis n°2007-1 du CSPLA, commission spécialisée concernant la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit, juin 2007. Présidence, Valérie-Laure BENABOU, Joëlle FARCHY. Rapporteur, Damien BOTTEGHI.

2008

Rapport du CSPLA, commission spécialisée sur les prestataires de l'*internet*, 2008. Commission présidée par Pierre Sirinelli, vice-présidentes : Josée-Anne BENAZERAF, Joëlle FARCHY, rapporteur Alban de NERVAUX.

GRÜNBUCH der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft, Brüssel 2008, KOM (2008) 466/3.

Stellungnahme des Aktionsbündnisses „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ Deutschland zum Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft, November 2008.

2009

Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2009- Urheberrecht „Dritter Korb“, vom 19 Februar 2009, Prof. Dr. Reto M. Hilty, Dr. Nadine Klass.

Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer Stuttgart zum Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft, August 2009.

2011

Livre vert sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles, 13.07.2011.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions. Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle. Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, 24.5.2011, COM (2011) 287 final.

2012

MOOS Flemming, *Auswirkung der EuGH-Entscheidungen zu Gebrauchsoftware und zu Ein und Ausbaurkosten sowie andere aktuelle Entwicklungen*, in Schriftenreihe der DGRI, SCHOLZ Matthias und FUNK Axel [éd.], im Auftrag der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. Band 22, „Informationstechnik und Recht“, 2012, voir www.dgri.de.

Rapport du CSPLA sur référencement des œuvres sur *internet*, juillet 2012, par Valérie-Laure BENABOU, Joëlle FARCHY, Cécile MEADEL.

Rapport du CSPLA, commission spécialisée « Informatique dans les nuages » ou Cloud computing, Présidents de la commission sont Anne-Elisabeth CREDEVILLE, Jean-Pierre DARDAYROL, Jean MARTIN ; le rapporteur de la commission est Fabrice AUBERT. Rapport en date du 23 octobre 2012.

Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zum Gesetzentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, 27 November 2012.

Comments of the Max-Planck-Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in : Musical Works for *Online* Uses in the Internal Market COM (2012) 372, Prof. Dr. Joseph Drexl, Sylvie Nérissou, Felix Trumpke, Prof. Dr. Reto M. Hilty, IIC 2013, p. 322-351.

Communication sur le contenu dans le marché unique numérique, 18.12.2012, voir sur ec.europa.eu/

2013

Position de la *European Copyright Society*, sur les réponses à donner aux questions préjudicielles dans le cas C-466/12 Svensson, le 15 Février 2013.

Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites. Mission confiée à Mireille Imbert-Quaretta, Présidente de la Commission de Protection des Droits de l'Hadopi, par Marie-Françoise MARAIS, Présidente de l'Hadopi Paris, le 15 février 2013.

Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20. Februar 2013. Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Regelung zur Nutzung verwaister Werke und weiterer Änderungen des Urheberrechtsgesetzes sowie Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. HILTY Reto M., KÖKLÜ Kaya, NERISSON Sylvie, HARTMANN Thomas, TRUMPKE Felix.

Rapport et avis adoptés à l'unanimité par le comité exécutif de l'ALAI, le 16 septembre 2013, relatif à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement *internet*-avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur *internet*.

Study on the application of the Directive 2001/29/EC on Copyright and related Rights in the Information Society, De Wolf & Partners (J.-P. TRIAILLE), in collaboration with CRIDS (S. DUSOLLIER), European Union, 2013.

Rapport du CSPLA sur le référencement des œuvres sur Internet, BENABOU, Valérie-Laure, FARCHY Joëlle, MEADEL Cécile, 2013.

Public Consultation on the review of the EU copyright rules, European Commission, 05.12.2013.

2014

Stellungnahme der DGRI/ Comments to the Public Consultation on the Review of EU Copyright Rules, 05.03.2014.

Response of CEIPI to the Public Consultation of the European Commission on the review of the European Union copyright rules, 04.03.2014.

European Copyright Society, Answer to the EC Consultation on the review of the EU copyright rules, March 2014.

Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, European Commission, Directorate General Internal Market and Services, July 2014.

Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions, by S. DEPREUW and J.-B. HUBIN, under the supervision of J.-P. TRIAILLE, De Wolf & Partners and University of Namur, European Union, 2014.

Avis proposé au comité exécutif de l'ALAI et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014, sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public.

Rapport de la mission confiée au CSPLA sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, SIRINELLI Pierre, BENSAMOUN Alexandra, POURREAU Christophe, Décembre 2014.

Commentaires des organismes professionnels membres du CSPLA sur le rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Décembre 2014.

2015

Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2014/2256 (INI)) du 15.1.2015, Commission des affaires juridiques, Rapporteuse pour avis, Julia Reda.

Droit d'auteur, Déclaration commune franco allemande, du 31 mars 2015, du Ministère fédéral de la Justice et de la Protection des Consommateurs, et du Ministère de la Culture et de la Communication.

Communication de la Commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions. Stratégie pour un marché unique numérique en Europe. Bruxelles, 6.5.2015, COM (2015) 192 final.

Rapport de la commission du CSPLA consacrée à la seconde vie des biens culturels numériques, FARCHY Joëlle, BENAZERAF Josée-Anne, 26.05.2015.

Report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256 (INI)), 18.6.2015, Committee on Legal Affairs, Rapporteur, Julia Reda.

Rapport et propositions du CSPLA, mission articulation des directives 2000/31 et 2001/29, SIRINELLI Pierre, BENAZERAF Josée-Anne, BENSAMOUN Alexandra, 3 novembre 2015.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a modern, more European copyright framework. Brussels, 9.12.2015, COM (2015) 626 final.

Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market, Brussels, 9.12.2015, COM (2015) 627 final.

Commentaires des organismes professionnels membres du CSPLA sur le rapport relatif à l'articulation des directives 200/31 et 2001/29, décembre 2015.

2016

Rapport de la mission de réflexion du CSPLA sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, juillet 2016. Mission confiée à Laurence FRANCESCHINI et à Samuel BONNAUD-LE ROUX.

Avis du Comité économique et social européen sur la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur », Bruxelles, 20.7.2016, COM (2015) 626 final.

Communication de la Commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions. Promouvoir une économie européenne fondée sur le droit d'auteur juste, efficiente et compétitive dans le marché unique numérique, Bruxelles, le 14.9.2016, COM (2016) 592 final.

Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, Bruxelles, le 14.9.2016, COM (2016) 593 final.

Proposition de règlement du parlement européen et du conseil établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio, Bruxelles, le 14.9. 2016, COM (2016) 594 final.

Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur certaines utilisations autorisées d'œuvres et d'autres objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins en faveur des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés et modifiant la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Bruxelles, le 14.9.2016, COM (2016) 596 final.

Rapport du CSPLA, sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création, septembre 2016. Mission confiée à Joëlle FARCHY, François MOREAU et Marianne LUMEAU.

Rapport et propositions de la mission droit de communication au public, confiée à Pierre SIRINELLI, Josée-Anne BENAZERAF, et Alexandra BENSAMOUN, décembre 2016.

Autres :

BENABOU Valérie-Laure,
« OUI au monopole de la société de gestion collective tchèque pour délivrer les autorisations dues au titre de la communication au public dans les cures thermales : la *CJUE OSA !* », voir www.gillesvercken.com, 06/03/2014.

BENABOU Valérie-Laure,

« Quand la *CJUE* détermine l'accès aux œuvres sur *internet*. L'arrêt *Svensson*, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public », voir www.gillesvercken.com, 15/02/2014.

DAHAN Véronique, TEMPIER Howard,
Rapport Lescure : le tour du monde numérique en 80 propositions, *Revue Lamy droit de l'immatériel*, juin 2013, n°94, Perspectives et analyses.

DREIER, Thomas
(Arbeitssitzung), *Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts (S-123-153) in Urheberrecht und digitale Technologie: Arbeitssitzung des Instituts für Urheber und Medienrecht am 22 April 1994*, Jürgen BECKER und Thomas DREIER (éd.), Baden-Baden 1994, Nomos, (Schriftenreihe des Archivs für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (UFITA), Bd.121.

GAUDRAT Philippe, DREIER Thomas, LEHMANN Michael,
Création logicielle et propriété intellectuelle en droit franco-allemand, Rapport C.N.R.S., Paris 1991, C.N.R.S.

GAUTIER Pierre-Yves,
Qualitative Kriterien im französischen Recht zum Schutz literarischer und künstlerischer Werke, 1994.

SIEBER Ulrich, HOEREN Thomas [éd.],
Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft- Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2005, Hochschulrektorenkonferenz, März 2005.

VERCKEN Gilles,
« Le streaming est en train de transformer l'industrie musicale », interview de Gilles Vercken par l'IRMA (centre d'information et de ressources pour les musiques actuelles), IRMA.ASSO.FR, voir www.gillesvercken.com, 30/01/2014

Lettre d'information du Cabinet Gilles Vercken n°1, première lettre bi-annuelle du Cabinet Gilles Vercken, sur l'actualité jurisprudentielle en matière de droit d'auteur et de droits voisins de janvier à juin 2012, voir www.gillesvercken.com, 14/09/2012.

Lettre d'information du Cabinet Gilles Vercken n°2, deuxième lettre bi-annuelle du Cabinet Gilles Vercken sur l'actualité européenne en matière de droit de la propriété littéraire et artistique et droit du « e-commerce » de juin 2012 à mars 2013, voir www.gillesvercken.com, 05/06/2013.

Propriété intellectuelle et commerce électronique, OMPI, Division petites et moyennes entreprises, voir www.wipo.int/

Index Nominum

L'index ne réfère pas aux notes.

ALAI, 70, 186

Bénabou, 61, 80, 86, 90, 257, 295, 299, 300

Bernaut, 482

Binctin, 203

Bot, 313, 318, 384

Caron, 85, 86, 115

Carre, 247

Castell, 282

Colin, 43, 357, 363, 364

Colombet, 476

Conrad, 152

Craipeau, 232, 236, 252, 255, 256, 266, 267

Darras, 89

Debré, 25

Desbois, 79, 351, 361, 476

Dreier, 94, 97, 111, 138, 140, 142, 143, 244, 377, 431, 434, 525

Dusollier, 135, 233, 403, 436, 549, 550

Edelman, 132, 352

Ganzhorn, 334, 375

Gaudrat, 127, 352, 361, 420

Gautier, 127, 128, 129, 130, 151, 233, 254, 391, 533

Geiger, 532, 533

Ginsburg, 186, 452, 525, 526, 527, 530, 531, 534, 541

Gotzen, 274, 276

Gutenberg, 221

Haedicke, 521

Handig, 486

Heerma, 412

Hubmann, 282

Ide, 208

Idot, 85, 86

Janin, 188

Juncker, 521

Kohler, 280, 282

Kokott, 75, 76, 167

Koof, 13, 346, 411, 429, 547

Kraft, 75

Larère, 39

Lebois, 245, 246, 277

Leenen, 188

Leistner, 463

Lewinski, v. 252, 260, 526

Loschelder, 525

Lucas, 260, 261, 262, 265, 325, 397

Lucas-Schloetter, 20, 42, 92, 93, 195, 246, 256, 268, 377, 378, 514

- Malcher**, 548
Malevanny, 373, 378, 541
Malka, 524, 539
Mantrov, 125
Marino, 249, 260
Marly, 328
Merkel, 410
Michaux, 74
- Ohly**, 543
OMPI, 76
- Peukert**, 445
Pignatari, 13, 242, 252, 346, 362, 366, 417
Pollaud-Dulian, 12, 80, 90, 121, 128, 281, 282, 288, 289, 290, 320, 325, 345
- Reda**, 520, 537, 539, 540
Reimer, 281
Riesenhuber, 152
- Saas**, 323
Sacem, 508
Sammer, 142
Schack, 264, 411, 440
Schricker, 138, 139
Schulze, 502, 503, 504
Sharpston, 66, 75, 76
Sirinelli, 50, 150, 303, 457, 479
Spindler, 31, 215
Strowel, 207, 208, 240, 268
- Trstenjak**, 69, 73, 75, 76, 82, 83, 115, 122
- Ulmer**, 42, 281, 288
Ungern-Sternberg, 39, 74, 81, 87, 89, 374, 412, 469, 545, 548
- Varet**, 190
Vercken, 497
Vivant, 127, 305, 368, 384, 465, 468, 535
- Wagenfeld**, 286
Wathelet, 419, 461, 462
Welser, 296, 309

Index rerum

L'index ne réfère pas aux notes et se limite en général aux premières occurrences.

- accords ADPIC, 266
- affaire Airfield c/ Sabam, 67
 - Au-féminin.com, 175
 - 360/10, SABAM c/ Netlog NV, 181
 - 70/10, Scarlett, 181
 - Circul Globus Bucuresti, 63
 - Drucker & Plotter, 24
 - EDEGA, 82
 - Football Association Premier League/ QC Leisur co, 55
 - Google Books, 240
 - Karen Murphy / Media Protection Services Ltd, 55
 - Keljob, 494
 - Knoll, 296
 - Königshof, 147
 - Napster.no, 185
 - Nintendo, 338
 - Organismos Sillogikis, 190
 - Paperboy, 420
 - Perfect 10 v. Google, 185
 - Poortvliet c/ Hovoner, 312
 - PPL/ Irland, 56
 - Queneau, 234
 - Rannou-Graphie, 481
 - Sardou, 234
 - SCF/ Marco del Corso, 56
 - Svensson, 60
 - Van Butsele, 234
 - Wizzgo, 268
 - VG WORT, 226
- Agicoa Belgium BVBA, 118
- Airfield NV, Canal Digitaal BV, 118
- Anerkennung der Urheberschaft, 42
- arrêt Airfield, 60
 - Amazon, 226
 - Art&Allposters, 297
 - C-More Entertainment, 217
 - CNN, 104, 149
 - Dataco, 191
 - Deutsche Grammophon, 298
 - Die Realität I, 179
 - Die Realität II, 211
 - Dimensione Direct Sales Srl, Michel Labianca contre Knoll International, 296
 - Donner, 296
 - Königskursbuch, 282
 - Half Life 2, 329
 - Hoge Raad der Nederlanden, 298
 - internet Videorecorder, 270
 - ITV Broadcasting/ TV Catchup, 54
 - Lagardère, 107
 - Laserdisken, 298
 - Le Corbusier, 407
 - arrêt le Printemps, 105, 135
 - Lutétia, 135
 - Metall auf Metall, 407
 - Nils Svensson, Sten Sjögren, Madeleine Sahlman, Pia Gadd c/ Retriever Sverige AB, 61
 - OSA, 485
 - Padawan, 226, 476
 - Paperboy, 185
 - Peek&Cloppenburg, 294
 - Phil Collins, 42
 - Poortvliet, 298
 - SAS Playmedia c/ SA France Télévisions, 215
 - Session-ID, 492
 - SGAE, 195
 - Sillogikis contre Divani Akropolis, 85
 - Svensson, 61
 - Thuiskopie, 226
 - usedSoft, 273, 313, 340
 - usedSoft II, 327
 - usedSoft III, 330
 - Vorschaubilder I, 423
 - Vorschaubilder II, 204, 265, 500
- Bearbeitungsrecht, 41
- Belohnungstheorie, 384
- Bestimmungsrecht, 274
- Bestwater, 491
- Beteiligungsgrundsatz, 38, 501
- browsing, 47, 250, 260
- Bundesgerichtshof, 24
- Bundesverfassungsgericht, 24
- but lucratif, 122
- cache crawling, 422
- caching, 45, 250, 255, 256, 260, 263, 479
- cercle de famille, 110, 126
- cercle privé, 130
- CERT, 107
- Circul Globus Bucuresti, 63
- clientèle, 133
- cloud, 34
- cloud computing, 50, 323
- CNN c/ Novotel, 103, 134
- communication, 136
- Conseil Constitutionnel, 25
- content caching, 264
- CSPLA, 181
- déclaration commune, 66
- deep link, 492
- délimitation des droits, 13, 346
- délivrance, 101
- démarcation des droits, 13, 346

- dématérialisation, 358
 directive 2001/29/CE dite InfoSoc, 63
 - 2006/115, 196
 - 89/522, 107
 directive des bases de données, 222
 - E-Commerce, 260
 - InfoSoc, 19
 - N°93/83, 67
 download progressif, 50
 droit à la paternité, 42
 - au respect, 42
 - complémentaire de reproduction mécanique, 279
 - d'exploitation, 37
 - de destination, 274, 549
 - de distribution, 273
 - de divulgation, 42
 - de mise à disposition, 98, 139
 - de repentir, 42
 - de représentation, 37
 - de reproduction, 37, 344
 - de suite, 38
 - de télédiffusion, 94
 - exclusif, 39
 - moral, 41
 - à rémunération, 38
 droits patrimoniaux, 37
- e-Book**, 28
 ECS, 183
 Einräumung von Nutzungsrechten, 43
 environnement dématérialisé, 28
 European Copyright Society, 183
 - corporelle, 14, 138, 349
 - incorporelle, 349
- fansubing**, 246
 fixation d'une œuvre, 352
 fourniture d'installation, 67
 Freie Benutzung, 41
 konkludente Einwilligung, 499
- Leistungsschutzrecht**, 108
 live streaming, 48, 403
 Lizenz, 499
 local cache, 46
 local caching, 264
 loi DADVSI, 21, 258, 266
 - de 1901 sur le droit d'auteur (LUG, 281
 - du 11 mars 1957, 101
 - du 1^{er} août 2006, 137
 - du 9 septembre 1965 sur le droit d'auteur, 283
 - sur le droit d'auteur allemand, 93
 - transposant la directive InfoSoc, 188
- mémoire tampon**, 405
 mémoire vive, 405
 mirroring, 46, 264
 mode technique spécifique, 65
 monde analogique, 28
 monde numérique, 30
 monopole d'exploitation, 40
- near on-demand streaming, 49
 negatives Verbotsrecht, 39
 Nutzungsrechte, 43
- on-demand streaming, 49
 opt-out, 500
 Oracle International Corp., 313
- pay-per-use**, 495
 Pay-TV, 410
 petite monnaie, 406
 plates-formes UGC, 31
 positives Benutzungsrecht, 39
 prestataires de service, 31
 principe d'abstraction (Abstraktionsprinzip), 366
 principe de l'épuisement, 289
 principe de séparation (Trennungsprinzip), 365
 projet Wittem, 524
 propriété des droits, 325
 - du support, 325
 Prosument, 32
 proxy, 250, 266
 proxy cache, 46
 proxy caching, 264, 269
 public d'exploitation, 133, 136
 - divulgataire, 132
 - nouveau, 73
 - parallèle, 116
 - réceptif, 81
 - successif, 116
 push-Videopodcast, 410
- rapport Reda**, 520
 réception potentielle, 94
 Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, 95
 représentation primaire, 149
 - secondaire, 149
 retransmission, 148
 routing, 45, 244, 249, 260
- scantrad**, 246
 SCF c/ Marco del Corso, 113, 114
 Senderecht, 95
 service pull, 409
 services push, 47, 409
 SGAE c/ Rafaël Hoteles, 113, 114
 SGAE/ Rafaël Hoteles, 114, 119
 shift TV, 33
 simulcasting, 431
 sound-sampling, 244
 Spotify, 495
 SPRE, 107
 Sté Cable News Network c/ Novotel, 103
 streaming, 31, 48, 249, 323, 399
 - on demand, 33
 summa divisio, 273, 344
- télédiffusion**, 99
 thumbnails, 424
 titulaires de droit, 31
 transfert de propriété du support, 361
 transmission numérique, 137

transmission originelle, 148
triple test, 75
typosquatting, 173

Übertragung von Nutzungsrechten, 43
uploading, 44
Urheberpersönlichkeitsrechte, 42
utilisateur, 77

Vergütungsanspruch, 38
Vermögensrechte, 37, 44

Veröffentlichungsrecht, 42
Vervielfältigungsrecht, 230
Verwertungsrechte, 37
VG Media, 512
VG Wort, 25

WCT, 66
web casting, 431
Werkgenuss, 41
Wiedergaberecht, 184

Table analytique des matières

PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
ITEMS CITES PAR LE SEUL NOM DE LEURS AUTEURS	9
INTRODUCTION	11
1. L'hypothèse de départ.....	11
2. Justification de l'approche comparative.....	11
3. Délimitation du sujet	16
4. Contexte européen.....	17
5. Remarque méthodologique et environnement numérique	28
6. Exemples concrets.....	32
7. Hypothèses et questions de recherche	35
8. But du travail	36
9. Plan de thèse	36
CHAPITRE PRELIMINAIRE.....	37
SECTION 1- TERMINOLOGIE GENERALE.....	37
§ 1- Droits patrimoniaux.....	37
§ 2- Droits à rémunération	38
§ 3- Droit exclusif.....	39
§ 4- Monopole d'exploitation.....	40
§ 5- Droits d'exploitation et exceptions/limitations.....	40
§ 6- Contenu des droits d'exploitation	41
§ 7- Dualisme des droits en France. Monisme en Allemagne	41
§ 8- Droit moral inaliénable en France. Inaliénabilité du droit d'auteur dans son ensemble en Allemagne.....	42
§ 9- Concession d'un droit d'utilisation	43
§ 10- Traduction de « Nutzungsrechte »	43
SECTION 2- TERMINOLOGIE TECHNIQUE.....	44
§ 1- Téléchargement (<i>uploading</i>) et mise en ligne :	44
§ 2- Le <i>routing</i>	45
§ 3- Le <i> caching</i>	45
A- La technique du « proxy cache».	46
B- La technique du « local cache ».	46
§ 4- Le <i> browsing</i>	47
§ 5- Exposition du procédé technique des services <i> push</i> :	47
§ 6- Notion de <i> streaming</i> :	48
A- Live streaming.....	48
B- On-demand streaming	49
C- Near on-demand streaming	49
D- Download progressif.....	50
§ 7- Le <i> cloud computing</i>	50
§ 8- Les hyperliens.....	51
PARTIE I- DE LEGE LATA : SUMMA DIVISIO TRADITIONNELLE ; EXPLOITATION SOUS FORME CORPORELLE ET INCORPORELLE.	53
TITRE I- DROIT D'EXPLOITATION SOUS FORME INCORPORELLE : LA COMMUNICATION AU PUBLIC	53
REMARQUES PRELIMINAIRES	54
SECTION 1- JURISPRUDENCE DANS UN CONTEXTE HORS LIGNE.....	54
§ 1- Jurisprudence de la « première génération ».....	54
A- Interprétation de l'article 3 de la directive 2001/29/CE	55
B- Interprétation de l'article 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE.....	56

§ 2- Jurisprudence de la « deuxième génération ».....	58
SECTION 2- JURISPRUDENCE DANS UN CONTEXTE EN LIGNE	59
§ 1- Acte de communication au public par <i>internet</i>	59
§ 2- Jurisprudence liée à la qualification juridique des liens	60
CHAPITRE I- NOTION DE COMMUNICATION AU PUBLIC DANS UN CONTEXTE HORS LIGNE ..	63
SECTION 1- PRESENTATION ET ANALYSE DE LA NOTION.....	63
§ 1- L'initiative de communiquer.....	64
A- L'évolution de la jurisprudence de la CJUE	64
1- La « communication ».....	64
a- Une transmission, un acte de communication ?.....	65
aa- Une transmission	65
bb- La fourniture de moyens, un acte de communication ?.....	68
b- Une référence au « public nouveau » afin de qualifier un acte de communication.....	69
aa- Présentation.....	70
bb- Analyse.....	73
2- L'utilisateur	77
a- Présentation	77
aa- Notion d'utilisateur dans les arrêts interprétant la notion de communication au sens de l'art. 8 al. 2 de la directive 2006/115/CE.....	78
bb- Notion d'utilisateur dans les arrêts interprétant la notion de communication au sens de l'art. 3 al. 1 de la directive <i>InfoSoc</i>	84
b- Analyse : le rôle de l'utilisateur, un changement de perspective ?.....	86
B- Evolution de la jurisprudence traditionnelle allemande et française : notion de communication	93
1- Notion de communication en Allemagne	94
a- La communication : un acte d'exploitation permettant une réception potentielle de l'œuvre par le public	95
b- La communication : un acte d'exploitation permettant l'accès à l'œuvre par le public	97
2- Notion de communication en France	100
§ 2- La destination de la communication.....	105
A- Evolution de la jurisprudence de la CJUE.....	106
1- Le public : destinataire de la communication	106
a- Le public : un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels	106
aa- Présentation de ce critère	107
bb- Analyse de ce critère.....	109
b- Le public : un nombre de personnes important	113
aa- Présentation de ce critère au regard des premiers arrêts de la CJUE.....	113
bb- Analyse de ce critère.....	115
2- Le caractère lucratif	118
a- Présentation de ce critère	118
b- Analyse de ce critère	120
B- Evolution de la jurisprudence traditionnelle allemande et française : notion de public	125
1- Notion de public en France.....	126
a- Définition négative du public par opposition au cercle de famille ?	126
b- Définition positive du public.....	131
aa- Approche conceptuelle.....	132
bb- Approche jurisprudentielle de la notion de public en France.....	134
2- Notion de public en Allemagne.....	137
a- La définition légale.....	140
b- Application pratique	143
SECTION 2- RECEPTION DE LA JURISPRUDENCE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE	145
§ 1- Diffusion dans un lieu privé.....	146
A- La « mise à disposition au sens matériel » ne constitue pas une communication au public: l'arrêt <i>Königshof</i>	147
1- Présentation de l'affaire <i>Königshof</i>	147
2- Analyse de l'affaire <i>Königshof</i>	147
B- La transmission : une communication au public.....	148
1- Télédiffusion dans les chambres d'un hôtel	149
2- Distribution par les antennes collectives et câblo-distribution	151
a- L'affaire <i>Breitbandkabel</i> en Allemagne.....	151

aa- Présentation de l'affaire.....	151
bb- Analyse de l'affaire	154
b- L'affaire Ramses en Allemagne.....	156
aa- Présentation.....	156
bb- Analyse de l'affaire <i>RAMSES</i>	158
§ 2- Diffusion dans un lieu public ?.....	159
A- Présentation des affaires « Zahnarztpraxis » et « Reha-Training » en Allemagne.....	159
1- L'affaire Zahnarztpraxis.....	159
2- L'affaire <i>Reha-Training</i>	161
B- Analyse de ces affaires.....	162
1- Manque de cohérence de la jurisprudence <i>Zahnarztpraxis</i> avec la jurisprudence traditionnelle allemande et française	163
2- Manque de cohérence en raison d'une appréciation différenciée des deux affaires	168
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	170
CHAPITRE II- NOTION DE COMMUNICATION AU PUBLIC DANS UN CONTEXTE EN LIGNE	171
SECTION 1- ÉVOLUTION DU DROIT ALLEMAND, FRANÇAIS ET EUROPEEN	171
§ 1- Notion de communication au public dans un contexte <i>online</i> en France et en Allemagne	172
A- Appréciation en droit français	172
B- Appréciation en droit allemand	176
1- Qualification juridique de l'établissement de liens simples de surface et de liens profonds (hyperliens)	176
2- Qualification juridique de l'établissement de liens « incorporés » (<i>framing</i>).....	177
§ 2- Evolution de la jurisprudence de la <i>CJUE</i> liée à la notion de communication au public dans un contexte en ligne.	179
A- Critères constitutifs d'une communication au public	182
1- Une mise à disposition, un acte de communication ?	182
a- Application du critère de « mise à disposition » dans l'affaire <i>Svensson</i>	182
b- Appréciation de l'argumentation de la Cour de justice de l'Union européenne	183
aa- Opinion de l' <i>ECS</i> versus <i>ALAI</i> ?.....	183
bb- Définition d'une « mise à disposition ».....	186
2- Communication au public– Public nouveau.....	189
a- Le public nouveau : une condition <i>sine qua non</i>	189
aa- Présentation.....	189
bb- Caractérisation du public dans un monde <i>online</i>	190
b- Limitation du critère de « public nouveau » au même « mode technique spécifique ».....	191
B- Une interprétation <i>a contrario</i> de l'arrêt <i>Svensson</i> ?	196
1- Une communication au public en l'absence de consentement initial de l'ayant droit ?	196
2- Une communication au public, dans le cas du contournement de mesures de restrictions ?	202
C- Le caractère lucratif, un indice ?	204
SECTION 2- RECEPTION DE LA JURISPRUDENCE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE	206
§ 1- Apport général de la jurisprudence de la <i>CJUE</i> , a propos de la notion de communication au public dans un contexte <i>en ligne</i>	206
A- Vers un équilibre des intérêts ?	206
1- Inversion de perspective.....	206
2- Recherche d'un équilibre	208
B. Jurisprudence imprécise et incomplète	209
§ 2- Réception de la jurisprudence.....	211
A- Réception directe en Allemagne.....	211
1- Présentation de l'arrêt <i>Die Realität II</i>	211
2- Appréciation de l'arrêt <i>Die Realität II</i>	213
B- Réception indirecte en France	215
1- Présentation de l'affaire <i>SAS Playmédia/SA France Télévisions</i>	215
2- Analyse de l'affaire <i>SAS Playmédia/ SA France Télévisions</i>	216
a- Absence de réception des décisions <i>Svensson</i> et <i>Beswater</i>	217
b- Mise en œuvre de l'affaire <i>C-More Entertainment</i>	217
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	218
CONCLUSION DU TITRE I.....	219

TITRE II- DROITS D'EXPLOITATION SOUS FORME CORPORELLE : REPRODUCTION ET DISTRIBUTION	221
CHAPITRE I- DROIT DE REPRODUCTION	221
SECTION 1- LE PRINCIPE: NOTION DE REPRODUCTION	222
§ 1- Notion de reproduction au niveau européen.....	222
A- Contexte législatif européen.....	222
B- Interprétation et concrétisation de la notion de reproduction par la CJUE.....	223
1- Interprétation de l'art. 2 de la directive <i>InfoSoc</i>	223
a- Affaire Infopaq.....	224
b- Affaire Murphy.....	225
2- Interprétation « indirecte » de l'art. 2 de la directive <i>InfoSoc</i> , par le biais de l'interprétation des exceptions.	225
a- Notion de reproduction et application de l'exception de copie privée.	226
b- Notion de reproduction et application de l'exception de citation	227
C- Conclusion.....	228
§ 2- Notion de reproduction au niveau national.....	229
A- Teneur des prérogatives conférées par le droit de reproduction au sens strict.....	230
1- Critères requis.....	231
a- Critères matériels ?.....	231
aa- La fixation de l'œuvre, un critère matériel ?.....	231
bb- L'exemplaire d'une œuvre, un critère matériel ?.....	235
b- Critère fonctionnel requis ? (Communication au public de l'œuvre)	239
aa- Fixation matérielle sous l'aspect de la communication au public.....	239
bb- Une approche qui n'est pas dépourvue d'intérêt dans un monde numérique	240
a- Indifférence du caractère direct ou indirect de la reproduction	241
b- Durée de la fixation	241
c- Indifférence du support et du procédé.....	242
B- Etendue.....	243
1- Reproduction en partie en Allemagne et en France.....	243
2- Adaptation et traduction	245
Conclusion : réception de la jurisprudence de la <i>CJUE</i> au niveau national.....	246
SECTION 2- DIFFICULTES PARTICULIERES : LES REPRODUCTIONS TEMPORAIRES.....	250
§ 1- Solution législative controversée	250
A- Présentation de la solution législative	251
B- Controverse de la solution législative	252
1- Le rejet de la théorie de l'autorisation tacite	253
2- Le rejet de la théorie de l'abus de droit.....	254
3- Le rejet de la théorie de l'accessoire	255
§ 2- Reconnaissance d'une exception obligatoire	257
A- Contenu de l'exception.....	257
1- Remarques préliminaires.....	257
2- Conditions d'application	259
a- Reproduction provisoire	259
b- Caractère transitoire ou accessoire de la reproduction	260
c- Partie intégrante et essentielle d'un procédé technique	260
d- Transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé	261
e- Pas de signification économique indépendante.....	262
B- Analyse et réception au niveau national.....	263
1- Analyses critiques	263
a- Zones d'ombres au niveau des conditions d'application.....	263
b- D'autres incertitudes	266
aa- Exclusion des logiciels tout comme des bases de données et exception de reproduction provisoire.....	266
bb- Reproduction provisoire et application du triple test.	266
2- Réception en droit national de la notion de « reproduction provisoire » ?	267

a- En France	267
aa- Commentaire de l'affaire <i>Wizzgo</i>	268
bb- <i>Copiepresse c. Google</i> : la question des « copies caches »	268
b- En Allemagne	269
CONCLUSION DU CHAPITRE I	271
CHAPITRE II- DROIT DE DISTRIBUTION	273
SECTION 1- LA NOTION DE DISTRIBUTION DANS UN CONTEXTE ANALOGIQUE	273
§ 1- Notion sur le plan national : deux « écoles » différentes	273
A- En France : le droit de destination	274
1- Origine et exposé de la théorie	274
2- Réception controversée de cette théorie en France	277
a- Fragilité des bases légales ?	277
b- Une jurisprudence ambiguë	278
B- En Allemagne : le droit de distribution	280
1- Notion de distribution	283
a- Objet et exposé de la notion de distribution	283
b- Limites contractuelles au droit de distribution	287
2- Epuisement du droit de distribution	289
a- Conditions de l'épuisement	289
aa- Un acte d'aliénation	289
bb- Consentement du titulaire de droit	290
b- Effets de l'épuisement	291
aa- Généralités	291
bb- Conséquences des limites contractuelles pour l'épuisement	292
§ 2- Deux écoles face à l'évolution sur le plan européen	294
A- Apport de la jurisprudence européenne dans un monde analogique	294
1- Arrêt <i>Peek&Cloppenburg</i>	294
2- Arrêt <i>Knoll</i>	296
3- Arrêt <i>Art&Allposters</i>	297
B- Réception difficile du droit d'auteur européen au niveau national	301
1- Réception en France : l'avenir du droit de destination ?	301
a- Avantages du droit de destination français	301
b- Compatibilité du droit de destination avec le droit de distribution européen ?	302
aa- Critique de la méthode de transposition du droit européen en France	302
bb- Incompatibilité du droit de destination avec les directives européennes	304
2- Réception du droit d'auteur européen en Allemagne	306
a- Conséquences du régime du droit de location et du prêt en droit d'auteur allemand pour la réception de la jurisprudence de la CJUE.	306
aa- Définition légale et régime du droit de location et du prêt en Allemagne	306
bb- Conséquences pour la réception de la jurisprudence européenne.	309
b- Des avantages par rapport au droit de destination	312
SECTION 2- LA NOTION DE DISTRIBUTION DANS UN CONTEXTE NUMERIQUE	313
§ 1- Analyse de l'argumentation de la <i>CJUE</i> dans l'affaire <i>usedSoft</i>	315
A- Extension de l'épuisement du droit de distribution aux logiciels commercialisés sous forme immatérielle	316
1- L'objet du droit de distribution : un bien tangible ou intangible	316
2- L'arrêt définit la notion de « vente » seule susceptible de déclencher l'épuisement du droit de distribution	317
B- Effets de l'épuisement	320
1- Téléchargement du logiciel par l'acquéreur légitime	320
2- Des réserves	321
§ 2- Conséquences et réception de l'arrêt <i>usedSoft</i>	322
A- Elargissement de la théorie de l'épuisement des droits : quelles implications ?	322
1- Vers l'avènement d'un marché secondaire des licences logicielles ?	322
2- Vers une extension de l'épuisement des droits à la distribution des œuvres culturelles dématérialisées ?	323
B- Réception de l'arrêt au niveau national	326
1- Réception de l'arrêt <i>usedSoft</i> en Allemagne	327
a- Réception directe de l'arrêt <i>usedSoft</i> en Allemagne	327

bb- L'arrêt <i>usedSoft III</i>	330
b- Réception de l'arrêt <i>usedSoft</i> par analogie ?	331
aa- Portée de la règle de l'épuisement concernant la vente en ligne d'e-books et d'audio livres numériques	332
bb- Portée de la règle de l'épuisement concernant la vente en ligne de jeux vidéos et de comptes de joueurs.....	338
2- Réception théorique en France	339
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	340
CONCLUSION DU TITRE II.....	340
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	341

**PARTIE II- DE LEGE FERENDA: APPRECIATION DE LA STRUCTURE DES DROITS ET NOUVELLE
DEFINITION DES DROITS** **343**

**TITRE I- REMISE EN CAUSE DE LA STRUCTURE ET DE LA DEFINITION TRADITIONNELLE DES
DROITS D'EXPLOITATION ?** **343**

CHAPITRE I- UNE DISTINCTION CORPORELLE/INCORPORELLE DEVENUE INADAPTEE ? **344**

SECTION PRELIMINAIRE : STRUCTURE BINAIRE DU DROIT EXCLUSIF D'EXPLOITATION ET SON

FONDEMENT..... **344**

§ 1 - Une même structure binaire du droit exclusif d'exploitation en France et en Allemagne.....	344
A- Summa divisio et approche synthétique en France.....	345
B- Summa divisio et approche analytique en Allemagne.....	346
C- Appréciation.....	346
§ 2- Une structure binaire pour la directive de la société de l'information ?.....	349

SECTION 1- PERTINENCE DU CRITERE DE DISTINCTION DANS UN MONDE NUMERIQUE ? **350**

§ 1- Critère de distinction traditionnel	350
A- Critère originaire de la distinction	350
1- Origine historique de la distinction: existence ou absence d'un support.....	350
2- Remise en cause de la distinction	351
B- Une distinction redéfinie par la prise en compte du critère de fixation ?	352
1- La fixation, un critère de distinction?	352
2- Ambiguïté de la notion de fixation	353
a- Critère originaire : fixation matérielle	353
aa- Avantages de la prise en compte d'une fixation matérielle.....	353
bb- Mise à mal du critère de distinction de la fixation matérielle dans un monde numérique.....	357
b- Vers une nouvelle définition de la fixation : la dématérialisation de la fixation	359
§ 2- D'autres critères de distinction évoqués par la doctrine.....	360
A- Le « transfert de propriété du support », un critère de distinction des modalités d'exploitation des œuvres?	361
La présentation du critère du « transfert de propriété » (1) précèdera son appréciation (2). 361	
1- Présentation de ce critère de distinction.....	361
a- L'exploitation par reproduction liée au transfert de propriété du support.....	361
b- L'exploitation par représentation exclusive de transfert de propriété du support	362
2- Appréciation de ce critère de distinction.....	362
a- Avantages de la prise en compte du transfert de propriété pour distinguer le droit de reproduction du droit de représentation	363
b- Mise à mal du critère de distinction fondé sur le transfert de propriété	364
aa- Conséquences sur la définition et la classification des droits.....	364
bb- Remise en cause du critère de distinction portant sur le transfert de propriété, par l'arrêt <i>usedSoft</i> ?	365
cc- Remise en cause par principe, d'un critère de distinction fondé sur le « transfert de propriété ».	367
B- Indice supplémentaire de distinction des droits en Allemagne: la dimension publique d'une exploitation?	367

SECTION 2- EXEMPLES D'ENCHEVETREMENT ET APPLICATION INCERTAINE DES DROITS, EXACERBES PAR L'UTILISATION DE NOUVELLES TECHNIQUES NUMERIQUES.....	369
§ 1- Exemples de cumul et d'enchevêtrement des droits	369
A- Conséquences de l'arrêt <i>usedSoft</i> pour la <i>summa divisio</i>	370
1 - Un droit de distribution (et non une communication au public) portant sur un objet intangible.	370
a- Refus d'une application du droit de communication au public	370
aa- Un refus justifié par la <i>lex-specialis</i>	370
bb- Un refus justifié par la nature de l'acte d'utilisation?.....	372
b- Reconnaissance d'un droit de distribution applicable à un objet intangible.....	375
aa- Application du droit de distribution à un objet intangible	375
bb- Conformité avec l'art. 6 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur?.....	379
2- Elargissement de l'épuisement du droit de distribution portant sur un objet intangible, un bien immatériel.....	381
a- Volonté du législateur dans la directive sur les programmes d'ordinateur	381
b- Disposition de la directive InfoSoc.....	382
3- Conclusion.....	383
a- Remise en cause de la <i>summa divisio</i> par l'arrêt <i>usedSoft</i> ?	383
b- Un apport controversé de l'arrêt <i>usedSoft</i> en raison d'une argumentation économique	384
aa- La prévention du cloisonnement des marchés	384
bb- La comparabilité économique	385
B- Enjeux liés à l'approche technique ou fonctionnelle d'un acte d'exploitation d'une œuvre	386
1- Qualification juridique du téléchargement (<i>upload</i>) et d'une mise en ligne	387
a- Approche technique (segmentation des actes)	388
b- Approche fonctionnelle	389
aa- Le <i>upload</i> inclut la mise en ligne	389
bb- La mise en ligne inclut le <i>uploading au sens strict</i>	395
2- Qualification juridique du <i>routing</i>	395
a- Qualification juridique du <i>routing</i> à l'aune du droit de reproduction?	396
b- Qualification juridique du <i>routing</i> à l'aune du droit de communication au public	396
3- Qualification juridique du <i>caching</i>	397
a- Qualification juridique du <i>caching</i> à l'aune du droit de reproduction?.....	397
b- Qualification juridique du <i>caching</i> à l'aune du droit de représentation?.....	397
4- Qualification juridique du <i>browsing</i>	398
a- Qualification juridique du <i>browsing</i> à l'aune du droit de reproduction?	398
b- Qualification juridique du <i>browsing</i> à l'aune du droit de représentation?	399
§ 2- Application incertaine des droits questionnant la pertinence de la <i>summa divisio</i>	399
A- Qualification juridique des actes d'utilisation des œuvres recourant à la technique du streaming	399
1- Appréciation du point de vue des „fournisseurs“: application du droit de communication au public et du droit de reproduction ?	401
2- Appréciation du point de vue du consommateur: jouissance de l'œuvre ou reproduction ?	403
a- Libre réception de l'œuvre par le consommateur ?	403
b- La consultation d'une œuvre par streaming constitue-t-elle une reproduction ?	404
aa- Fixation corporelle ou matérielle des œuvres dans le cadre du <i>streaming</i> ?	405
bb- Stockage de parties d'œuvres pouvant être qualifié de reproduction.....	406
B- Services push.....	409
C- internet Video Recorder	413
1- Analyse à l'aune du droit de communication au public.....	414
a. Analyse à l'aune du droit de mise à disposition en droit d'auteur (art. 19 a UrhG)	414
b- Analyse à l'aune du droit de télédiffusion de point à multipoint (art. 20 UrhG).....	415
D- Hyperliens et Google image.....	418
1- Qualification juridique d'opérations de référencement portant sur des œuvres autre que des images	418
a- Organisation d'un référencement: une communication au public ?	418
b- Organisation d'un référencement : une reproduction ?	419
2- Qualification juridique d'opérations de référencement portant sur des œuvres constituant des images	423
a- Approche « technique » de l'opération de référencement de Google à l'aune du droit de reproduction et du droit de représentation en Allemagne.	424

b- Approche globale ou fonctionnelle de l'opération de Google à l'aune du seul droit de communication au public ?.....	424
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	425

CHAPITRE II- UNE NOTION D'EXPLOITATION TRADITIONNELLE DEVENUE INADAPTEE ? 427

SECTION 1- APPROCHE TECHNIQUE DE LA NOTION D'EXPLOITATION 427

§1- Prise en compte de critères techniques, en vue de qualifier les actes d'utilisation comme relevant d'un droit exclusif d'exploitation.....	428
A- Prise en compte de critères techniques pour la qualification d'un acte de communication au public.....	428
1- Prise en compte de critères techniques au niveau national.....	428
a- Origine légale de cette difficulté en Allemagne ?.....	428
b- Exemples concrets de difficultés de distinction.....	430
aa- <i>Live streaming</i>	431
bb- <i>Near-on-demand streaming</i> (NoD).....	433
2- Prise en compte de critères techniques par la <i>CJUE</i>	435
B- Prise en compte de critères techniques pour la qualification d'un acte de reproduction.....	437
1- Droit de reproduction, reproduction provisoires et exceptions.....	438
a- Critères techniques au niveau européen.....	438
b- Critères techniques au niveau national.....	438
2- Droit de reproduction et distribution.....	441
§ 2- Conséquences d'une approche technique pour l'étendue de l'exploitation.....	442
A- Prise en compte directe de la jouissance d'une œuvre par la notion d'exploitation: un changement de paradigme ?.....	442
1- Notion de jouissance et sa prise en compte par le droit d'auteur, dans un monde analogique.....	443
a- Terminologie de « jouissance ».....	443
b- La jouissance dans un monde analogique.....	444
2- Prise en compte directe de la jouissance par la notion d'exploitation dans un monde numérique.....	448
a- Prise en compte directe de la jouissance d'une œuvre par le droit de reproduction, en raison de nouvelles possibilités techniques.....	449
b- Appréciation critique des conséquences.....	451
B- Prise en compte de l'accès à l'œuvre, dans la notion d'exploitation ?.....	451
1- Principe : Les actes ne permettant qu'un accès à l'œuvre ne peuvent être qualifiés d'exploitation.....	452
a- Séparation propriété corporelle/propriété intellectuelle.....	452
aa- Exposé du principe de l'indépendance de la propriété corporelle et de la propriété incorporelle.....	452
bb- Nuances : Reconnaissance d'un droit d'accès en faveur du titulaire de droits d'auteur ?.....	452
b- Les actes techniques ne relèvent pas d'une exploitation.....	453
aa- Disposition prévues par la directive <i>InfoSoc</i>	453
bb- Argumentation technique traditionnelle des intermédiaires.....	453
2- Illustration de ce principe ?.....	456
a- Cloud Computing et accès aux œuvres ?.....	457
b- Accès et sites de streaming.....	459
c- Accès et Hyperliens.....	460

SECTION 2- DIMENSION PUBLIQUE D'UNE EXPLOITATION ? 464

§ 1- Ne relève d'un droit d'exploitation que les utilisations publiques d'une œuvre ?.....	464
A- Dimension publique des droits d'exploitation ?.....	465
1- Dimension publique des droits exclusifs d'exploitation.....	465
2- Nature des exceptions ?.....	465
B- Approche fonctionnelle d'un acte d'utilisation d'une œuvre.....	466
§ 2- Reconnaissance difficile du caractère public d'une utilisation d'une œuvre et conséquences de la prise en compte d'un tel critère.....	466
A- Reconnaissance difficile d'un public dans un monde numérisé et interactif.....	466
1- Approche monolithique inadaptée de la notion de public.....	467

2- Utilisation publique d'une oeuvre dans le cadre de nouveaux modèles d'affaires individualisés et sécurisé ?	467
a- Existence d'une utilisation publique des œuvres sur les réseaux sociaux ?	467
b- Public et nouveaux modèles d'affaires individualisés et interactifs ?	468
B- Conséquences de la prise en compte d'un tel critère pour définir une exploitation.....	470
1- La simple jouissance privée de l'œuvre ne relève pas d'une exploitation	470
2- Pas de prise en compte du détournement de la valeur économique d'une œuvre	471
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	471
CONCLUSION DU TITRE I.....	471
TITRE II- REDEFINITION DE LA STRUCTURE DES DROITS ET DU CONTENU TRADITIONNEL DE L'EXPLOITATION	473
CHAPITRE I- NOUVELLE STRUCTURE DES DROITS, NOUVELLES DEFINITIONS	473
SECTION 1- NOUVEAUX CRITERES PERMETTANT DE DEFINIR UNE EXPLOITATION	473
§ 1- Prise en compte du caractère économique de l'exploitation.....	473
A- Mise en œuvre du critère économique	473
1- Présentation de sa mise en œuvre	473
a- Mise en œuvre au niveau national	473
b- Mise en œuvre au niveau européen.....	484
2- Difficulté de mise en œuvre de ce critère.....	485
a- Contours flous.....	485
b- Enjeux liés à l'interactivité	486
B- Conséquences d'une caractérisation économique de l'exploitation	489
1- Conséquences pour l'étendue de l'exploitation	489
a- Exclusion d'actes d'utilisation auparavant inclus dans le champ du droit exclusif d'exploitation.....	489
b- Prise en compte d'actes d'utilisation auparavant exclus du champ de l'exploitation...	490
§ 2- Instrumentalisation d'une compréhension fonctionnelle de la notion d'exploitation ?	496
A- Présentation des problèmes : contournement de la notion d'exploitation grâce à l'évocation de critères techniques.....	496
1- Contournement du critère <i>public</i> de l'exploitation	496
2- Contournement du critère économique de l'exploitation.....	497
B- Solution : vers de nouveaux critères permettant de définir la notion d'exploitation ?	501
1- Critères de „perception“ d'une œuvre	501
a- Jouissance de l'œuvre.....	501
b- Exploitation de l'œuvre	502
c- Exploitation de l'œuvre vis-à-vis d'un public	503
2- Appréciation de la solution	503
C- Conclusion.....	507
1- La gratuité pour l'internaute est toute relative	507
2- Développements concernant la mise en cause de la responsabilité juridique des intermédiaires.....	508
SECTION 2- REMISE EN CAUSE DE LA STRUCTURE DES DROITS ?	516
§ 1 : Remise en cause d'un « droit exclusif pour une exploitation »	516
A- Un droit pour des exploitations	516
B- Des droits pour une exploitation	516
§ 2- Remise en cause de la <i>summa divisio</i> ?	517
A- Différenciation quant au support de l'œuvre	517
B- Remise en cause de la <i>summa divisio</i> ne règle pas les problèmes	518
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	518
CHAPITRE II- AMELIORATION <i>IN CONCRETO</i> DES TEXTES DE LOI.	520
SECTION 1- PROPOSITION DE REVISION DE L'ACQUIS EUROPEEN	520
§1- Formulation des droits permettant de limiter leur étendue.....	524
A- Propositions concernant le droit de reproduction	525
B- Propositions concernant le droit de communication au public	529

1- Vers un droit général de communication au public.....	529
a- Relations entre les différentes composantes du droit de communication au public	530
b- Notion de public	533
2- Application du droit de communication au public aux hyperliens ?.....	536
§2- Autre limitation de l'étendue des droits	538
SECTION 2- PROPOSITION DE REVISION DE LA LOI SUR LE PLAN NATIONAL.....	542
§1- Proposition d'amélioration de la loi allemande	542
A- Transposer les propositions d'amélioration proposées au niveau européen.....	542
1- Amélioration de la formulation du droit de reproduction.....	542
2- Amélioration de la loi allemande liée au droit de communication au public	542
3- Amélioration de la loi allemande liée à la portée de l'épuisement du droit de distribution.....	544
a- Proposition d'amélioration de l'art. 69c Nr. 3 S. 2 UrhG	544
b- Amélioration de l'art. 17 UrhG	544
B- Autres propositions pour le droit allemand : Pas de création d'un nouveau droit.....	545
§2- Remise en cause du droit de destination en France ?.....	549
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	551
CONCLUSION DU TITRE II.....	551
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	552
CONCLUSION GENERALE.....	553
BIBLIOGRAPHIE	561
I- TRAITES, MANUELS, OUVRAGES GENERAUX.....	561
II- MONOGRAPHIE, THESES, OUVRAGES SPECIAUX.....	565
III- ARTICLES, CHRONIQUES, MELANGES, ACTES DE COLLOQUES	573
IV- RAPPORT ET AVIS, CONSULTATIONS, COMMUNICATION, PROPOSITIONS DE LOIS	637
INDEX NOMINUM	643
INDEX RERUM	645
TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES	648
DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG	658

Deutsche Zusammenfassung

der Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der
Albert-Ludwigs Universität zu Freiburg im Breisgau
und der
Universität *Paris Sud-XI*

DIE VERWERTUNGSRECHTE IN DER DIGITALEN WELT.

Eine urheberrechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung des französischen,
deutschen und europäischen Rechts

L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit
d'auteur français, allemand et de l'Union européenne.

vorgelegt von
Lisa HEINZMANN

in gemeinsamer Betreuung von
Dr. habil. Agnès Lucas-Schloetter (Universität Paris-Sud 11/LMU München)
und
Prof. Dr. Thomas Dreier (Universität Freiburg/KIT Karlsruhe)

GUTACHTER:

Prof. Dr. Tristan Azzi, Universität *Panthéon-Sorbonne* (Paris 1)

Prof. Dr. Axel Metzger, Humboldt-Universität, Berlin

Mitglieder der Jury:

Prof. Dr. Pierre Sirinelli, Universität *Panthéon-Sorbonne* (Paris 1)

Prof. Dr. Matthias Leistner : Ludwig-Maximilians-Universität, *München*

INHALTSVERZEICHNIS*Abkürzungen**Nur mit dem Autorennamen zitierte Werke***EINLEITUNG****I. TEIL- DE LEGE LATA: TRADITIONELLE STRUKTUR DER WERKVERWERTUNG (SUMMA DIVISIO)****1. ABSCHNITT- VERWERTUNGSRECHT IN UNKÖRPERLICHER FORM: ÖFFENTLICHE WIEDERGABE****1. KAPITEL- ÖFFENTLICHE WIEDERGABE IM *OFFLINE*-KONTEXT**

1. SEKTION- DARSTELLUNG UND ANALYSE DER ÖFFENTLICHEN WIEDERGABE
2. SEKTION- REZEPTION DER EUGH-RECHTSPRECHUNG IN D UND F

2. KAPITEL- ÖFFENTLICHE WIEDERGABE IM *ONLINE*-KONTEXT

1. SEKTION- DARSTELLUNG UND ANALYSE DER ÖFFENTLICHEN WIEDERGABE
2. SEKTION- REZEPTION DER EUGH-RECHTSPRECHUNG IN D UND F

2. ABSCHNITT- VERWERTUNGSRECHTE IN KÖRPERLICHER FORM: VERVIELFÄLTIGUNG UND VERBREITUNG**1. KAPITEL- VERVIELFÄLTIGUNGSRECHT**

1. SEKTION- DIE VERVIELFÄLTIGUNG
2. SEKTION- BESONDERE HERAUSFORDERUNGEN DER VORÜBERGEHENDEN VERVIELFÄLTIGUNG

2. KAPITEL- VERBREITUNGSRECHT

1. SEKTION- DAS KONZEPT IN DER ANALOGEN WELT
2. SEKTION- DAS KONZEPT IN DER DIGITALEN WELT

II. TEIL- DE LEGE FERENDA: BEWERTUNG DER TRADITIONELLEN STRUKTUR DER RECHTE UND NEUES VERSTÄNDNIS DER VERWERTUNG**1. ABSCHNITT- INFRAGESTELLUNG DER TRADITIONELLEN STRUKTUR UND DEFINITION DER VERWERTUNG****1. KAPITEL- IST DIE *SUMMA DIVISIO* NOCH ZEITGEMÄSS?**

1. SEKTION- ANGEMESSENHEIT DES UNTERSCHIEDSMERKMALS IN DER DIGITALEN WELT?
2. SEKTION- FLIESENDER ÜBERGANG DER VERWERTUNGSRECHTE UND ERSCHWERTE JURISTISCHE QUALIFIKATION DER WERKNUTZUNGEN

2. KAPITEL- IST DAS VERSTÄNDNIS DER VERWERTUNG NOCH ZEITGEMÄSS?

1. SEKTION- TECHNISCHE BETRACHTUNG DER VERWERTUNG
2. SEKTION- FUNKTIONALE BETRACHTUNG DER VERWERTUNG

2. ABSCHNITT- NEUE STRUKTUR DER RECHTE UND NEUES VERSTÄNDNIS DER VERWERTUNG**1. KAPITEL- NEUE KRITERIEN UND NEUE STRUKTUR DER RECHTE**

1. SEKTION- NEUE KRITERIEN EINER WERKVERWERTUNG
2. SEKTION- NEUE STRUKTUR UND NEUE DEFINITION DER RECHTE?

2. KAPITEL- VERBESSERUNG DER GESETZESTEXTE *IN CONCRETO*

1. SEKTION- VERBESSERUNGSVORSCHLÄGE DES *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*
2. SEKTION- VERBESSERUNGSVORSCHLÄGE AUF NATIONALER EBENE

Einleitung

Das *Internet* erschwert und verändert die Art und Weise, in der urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen genutzt werden. Das führt zu einer fehlenden *Nutzer-Akzeptanz des Urheberrechts*. Damit werden viele, wenn nicht gar die meisten Definitionen der Verwertungsrechte des geltenden Urheberrechts sowie deren Struktur in Frage gestellt: sind diese doch weitgehend noch anhand analoger Techniken entwickelt worden. Hieraus ergibt sich die der vorliegenden Arbeit zugrunde liegende Forschungshypothese: Die Struktur und die Definition der Verwertungsrechte sind der digitalen Welt nicht angepasst.

Die allgemeine Problematik der Arbeit besteht dann in der Frage, inwiefern ein Werkgebrauch als eine Werkverwertung im Sinne des Urheberrechts verstanden werden kann. Die Beantwortung erfordert als Bedingung die Antwort auf eine andere Frage: Welche Kriterien, die schon in der *offline*-Welt destilliert wurden, und welche Systematik der Rechte können im *online*-Bereich „übernommen“ werden?

Der Schwerpunkt der Arbeit besteht in einem deutsch-französischen Rechtsvergleich. Gerade die unterschiedliche Konzeption der Verwertung der Werke in Deutschland und in Frankreich begründet die Begrenzung des Themas auf die Analyse der Verwertungsrechte. Deren Struktur soll in Deutschland und in Frankreich analysiert werden, um die Antworten des Gesetzes und der Rechtsprechung zweier starker Rechtstraditionen des kontinentaleuropäischen Rechtssystems, die beide mit der Herausforderung der Anpassung des Urheberrechts an das digitale Zeitalter konfrontiert sind, vergleichen zu können.

Bezüglich der Struktur der Verwertungsrechte haben das deutsche und das französische System vor allem eines gemeinsam: Anders als in der *InfoSoc-Richtlinie* vorgesehen, beruht die Struktur der Verwertungsrechte in beiden Ländern auf einer *summa divisio*. Dies heißt, dass die Verwertungsrechte aus zwei Komponenten bestehen: erstens geht es um die Verwertungsrechte *in körperlicher Form* und zweitens um die Verwertungsrechte *in unkörperlicher Form*. Die *summa divisio* entspricht einem traditionellen Verständnis des Urheberrechts, deren Zeitgemäßheit in Frage gestellt wird. Dennoch geben das französische und das deutsche Recht nicht zwangsläufig dieselben Antworten auf die gleichen Fragen oder stellen die Fragen auf unterschiedliche Weise.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Deutschland und Frankreich bezüglich der Verwertungsrechte besteht darin, dass wir es in Deutschland mit einer analytischen, in Frankreich mit einer synthetischen Konzeption ihrer Struktur zu tun haben. Deutschland segmentiert die Rechte. Im Urheberrechtsgesetz wird z. B. zwischen dem

Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) und dem Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG) differenziert, was in Frankreich nicht der Fall ist. Darüber hinaus wird in Deutschland auch zwischen einer öffentlichen Zugänglichmachung (§19a UrhG) und einer Sendung (§ 20 UrhG) unterschieden, was in Frankreich ebenfalls nicht der Fall ist. *De lege ferenda* kommen in Deutschland auch neue Verwertungsrechte in Betracht, wie z. B. das Abrufübertragungsrecht, sodass der Eindruck entsteht, dass es in Deutschland für jede Nutzungsform ein neues Verwertungsrecht gibt. Während das deutsche Recht dank einer detaillierten Beschreibung der Rechte für mehr Rechtsicherheit, für eine bessere Berücksichtigung des Interessenausgleiches, für eine vereinfachte und effizientere Verwertung der Rechte durch die Verwertungsgesellschaften sorgt, bestehen die Vorteile des französischen Rechtssystems darin, sehr anpassungsfähig zu sein und weniger Abgrenzungsprobleme der einzelnen Verwertungsrechte zu kennen; dies liegt daran, dass es in Frankreich nur zwei Rechte gibt: das *droit de reproduction* und das *droit de représentation*. Vorteile und Nachteile der jeweiligen Struktur der Verwertungsrechte in den beiden Ländern sind spiegelverkehrt. Man könnte meinen, dass es sich hier nur um einen methodischen Unterschied handelt, und dass die Abgrenzungsprobleme zwischen den Rechten in Frankreich auf die vertragliche Ebene verlagert werden. Indes zeigt die Arbeit, dass dies nicht immer der Fall ist. Gerade mit Blick auf die Vollharmonisierung der Verwertungsrechte auf der europäischen Ebene sind diese Unterschiede erstaunlich.

Eine „neue“ Entwicklung besteht aber darin, dass der EuGH daran arbeitet, maßgebliche Begriffe der Richtlinien autonom und einheitlich für ganz Europa auszulegen. Zu beobachten ist, dass diese Entwicklung den nationalen Gerichten zu verdanken ist, die selbst Vorlagefragen stellen, und damit in einer gewissen Weise (aber nicht immer) die Antwort des EuGH beeinflussen, womit bezüglich des europäischen Urheberrechts eine Wechselwirkung zwischen EuGH und den nationalen Gerichten gegeben ist.

Fraglich ist aber, ob damit die Ambiguität und die Lücken der Richtlinien des EuGH behoben werden können und ob die nationalen Gerichte, die nur mit ähnlichen Sachverhalten, aber gleichen Rechtsfragen konfrontiert sind, die Argumente des EuGH übernehmen. Wie wird die Rechtsprechung des EuGH bezüglich der Definition der Verwertungsrechte in Deutschland und in Frankreich rezipiert? Wie viel Spielraum wird den nationalen Richtern gelassen? Wie sieht es mit der Harmonisierungsdichte aus? Können die aktuellen Gesetzestexte sowie die Rechtsprechung des EuGH und der Gerichte in Frankreich und in Deutschland durch ihren Beitrag zu einem modernen europäischen Urheberrecht die Herausforderungen, die sich durch die neuen Technologien dem Urheberrecht, insbesondere der Struktur der Verwertungsrechte stellen, bewältigen? Gerade bei der Interpretation von Problemen bei Richtlinien, die

sich im Zusammenhang mit den neuen Technologien stellen, ist eine europaweite Harmonisierung wünschenswert. Dadurch sind die neuen Technologien eine Chance im Hinblick auf eine engere Zusammenarbeit von deutschen und französischen Juristen. Dies wurde auch in der gemeinsamen deutsch-französischen Erklärung im Bereich Urheberrecht im März 2015 betont²²⁸⁴.

Die Arbeit beschäftigt sich mit der juristischen Qualifikation eines Werkgebrauchs in der digitalen Welt. Darum wird eine detaillierte Analyse des Rechts der öffentlichen Wiedergabe einem anwesenden Publikum gegenüber (insbesondere § 19 UrhG) ausgeschlossen: dieses Recht kommt hauptsächlich in der analogen Welt zur Anwendung. Das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und öffentlicher Zugänglichmachung gemäß § 22 UrhG wird jedoch punktuell angesprochen, da die Werkverwertung auf einer Funksendung (§ 20 UrhG) oder einer öffentlichen Zugänglichmachung beruht (§ 19a UrhG). Dagegen wird das Verbreitungsrecht thematisiert, obwohl es traditionell nur körperliche Werkexemplare in der analogen Welt zum Gegenstand hat. Seit dem *usedSoft*-Urteil im Jahre 2012, ist aber der Erschöpfungsgrundsatz des Verbreitungsrechts nicht mehr unbedingt auf körperliche Werkstücke beschränkt, sondern auch auf *online*-Übertragungen anwendbar. Es stellt sich natürlich die Frage der Reichweite dieses EuGH-Urteils sowie dessen Übertragbarkeit auf den Verkauf anderer Werkdateien wie etwa digitaler Musik oder E-Books. Welcher Werkgebrauch ist eigentlich urheberrechtsrelevant? Wie lassen sich technische „Prozedere“ überhaupt mit Worten beschreiben? Wie können der Anfang und das Ende einer Werknutzung bestimmt werden? Es ist letztendlich sehr schwer zu entscheiden, in welchem Maße die Technik berücksichtigt werden muss, um einen Vorgang juristisch zu qualifizieren. Darum stellt sich die Frage, inwieweit auf einen funktionellen oder ontologischen Ansatz zurückgegriffen werden muss, da die Gefahr besteht, dass im Hinblick auf ein bestimmtes wirtschaftliches und politisches Ziel juristisch argumentiert wird.

Die Forschungsfragen der Arbeit können wie folgt formuliert werden:

- 1- Inwiefern beeinflusst die (analytische oder synthetische) Struktur der Rechte die Qualifikation eines Werkgebrauchs im *Internet*? Umfasst die Definition der Verwertungsrechte (in Deutschland (D), Frankreich (F), und der Europäischen Union (EU)) den einfachen Werkgenuss oder technische Vorgänge?

²²⁸⁴ Urheberrecht, Gemeinsame deutsch-französische Erklärung, vom 31. März 2015, vom Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz und vom ministère de la culture et de la communication, siehe : http://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/03312015_Erklärung_Urheberrecht.html.

- 2- Ermöglicht der Beitrag des EuGH zum europäischen Urheberrecht eine Antwort auf die schwierige Qualifikation eines Werkvorgangs in der digitalen Welt? Wie übernehmen die Gerichte in F und in D die Argumentation des EuGH?
- 3- Wie kann eine gesetzliche Antwort auf neue Geschäftsmodelle in F, D und auf der EU-Ebene formuliert werden?

Das Ziel der Arbeit besteht letztendlich darin, gesetzliche Verbesserungsvorschläge im Hinblick auf eine europäischen Harmonisierung zu formulieren, und zwar unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Frankreich und Deutschland.

Die Arbeit ist in zwei Teile gegliedert. Der erste Teil der Arbeit besteht darin, die Verwertungsrechte unter Berücksichtigung der *summa divisio* dank eines dreifach komparativen Rechtsvergleichs zum französischen, deutschen und EU-Recht zu analysieren. Der zweite Teil der Arbeit stellt die Struktur der Verwertungsrechte als eine *summa divisio* in Frage und verschafft einen prospektiven Ausblick, indem neue Kriterien für die Definition der Verwertung und der Verwertungsrechte vorgeschlagen werden. Die Herausforderung der Arbeit besteht darin, die notwendige Vielschichtigkeit der Rechtsprobleme, die sich im Zusammenhang der Struktur der Verwertungsrechte stellen, zu kombinieren, ohne den Fokus auf den deutsch-französischen Rechtsvergleich zu verlieren.

I. TEIL- DE LEGE LATA: TRADITIONELLE STRUKTUR DER WERKVERWERTUNG (SUMMA DIVISIO)

Die Gliederung des ersten Teils der Arbeit entspricht dem traditionellen Verständnis des Urheberrechts und befasst sich mit der Analyse der Verwertungsrechte als *summa divisio*, nach der zwischen der Verwertung in unkörperlicher (öffentliche Wiedergabe) und in körperlicher Form (Vervielfältigungsrecht und Verbreitungsrecht) unterschieden wird.

1. ABSCHNITT- VERWERTUNGSRECHT IN UNKÖRPERLICHER FORM: ÖFFENTLICHE WIEDERGABE

Thematisiert wird hier die öffentliche Wiedergabe im digitalen Kontext. Die digitale Welt beschränkt sich jedoch nicht nur auf eine *online*-Welt im *Internet*: auch andere Medien benutzen digitale Technik. So kann z. B. das Fernsehen oder auch Musik auch

über digitale Technik angesehen²²⁸⁵ oder gehört werden, ohne dass ein Internetzugang erforderlich ist.

1. KAPITEL- ÖFFENTLICHE WIEDERGABE IM *OFFLINE*-KONTEXT

Zunächst wird eine *deskriptive* Darstellung der Kriterien des EuGH gegeben, welche dann bezüglich der teilweise unterschiedlichen Kriterien des französischen und deutschen Rechts *analysiert* werden. Danach werden die Rezeption des unionsrechtlichen Begriffs der öffentlichen Wiedergabe in Deutschland und in Frankreich sowie die Schwierigkeiten, die damit verbunden sind, thematisiert.

1. SEKTION- DARSTELLUNG UND ANALYSE DER ÖFFENTLICHEN WIEDERGABE

Im deskriptiven Teil der Arbeit geht es darum, die Kriterien, die sowohl von der deutschen, französischen als auch europäischen Rechtsprechung herausdestilliert wurden, bezüglich der Initiative der Wiedergabe (Wiedergabe) und der Zielrichtung der Wiedergabe (unter anderem, der Öffentlichkeit) rechtsvergleichend darzustellen, ohne jedoch die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Kriterien des EuGH zu kritisieren seien, weil sie den nationalen Kriterien nicht entsprechen.

Die nach Kriterien unterteilten Analyse-Schritte verstehen sich jedoch nicht von selbst, da es in der französischen Rechtsprechung oft um eine Gesamtbetrachtung geht und das Verwertungsrecht der „öffentlichen Wiedergabe“ nicht für sich existiert, sondern nur ein „*Pendant*“ ist: das *Droit de représentation*. Durch eine mühsame Untersuchung der Rechtsprechung sowie durch *a contrario* Interpretationen ist jedoch ein Rechtsvergleich möglich.

Es muss unterstrichen werden, dass die Bestimmung von Kriterien, nach denen der EuGH eine öffentliche Wiedergabe definiert, sich als sehr komplex herausstellt. In der Tat definiert der EuGH die „öffentliche Wiedergabe“ nicht immer als einheitlichen Begriff, sondern charakterisiert auch separat dessen eine oder andere Komponente. Manchmal wird die öffentliche Wiedergabe auch in einem ganz anderen Kontext definiert. Allgemein ist zu bemerken, dass der EuGH nicht cartesianisch argumentiert, sondern die Kriterien von Urteil zu Urteil durchaus wechseln können.

Der Gerichtshof hat im Urteil *SBS Belgium*²²⁸⁶ entschieden, dass der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ zwei kumulative Tatbestandsmerkmale vereint, nämlich eine

²²⁸⁵ In F mittels des bekannten digital terrestrischen Fernsehens (TNT).

„Handlung der Wiedergabe“ eines Werks und seine „öffentliche“ Wiedergabe. So kann zusammenfassend das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der *offline*-Welt charakterisiert werden. Die Arbeit spricht eher von einer Initiative der Wiedergabe, da die Urteile *SCF/Marco Del Corso* und *PPL* besonders den Fokus darauf setzen, dass der Nutzer, das heißt zum Beispiel der Hotelbetreiber oder der Zahnarzt, das Werk absichtlich weiterleitet. Doch auch wenn es darum geht, die öffentliche Wiedergabe im Sinne des Art. 3 der *InfoSoc*-Richtlinie zu interpretieren, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die Betreiber einer Gastwirtschaft, eines Hotels oder einer Kureinrichtung solche Nutzer sind und eine öffentliche Wiedergabe vornehmen, wenn sie geschützte Werke absichtlich dadurch übertragen, dass sie willentlich ein Signal über Fernseh- oder Radioempfänger, die sie in ihrer Einrichtung installiert haben, verbreiten²²⁸⁷. In den zwei *SCF/Marco Del Corso* und *PPL* Urteilen wird die öffentliche Wiedergabe nicht aus dem Blickwinkel des Urhebers, sondern noch betonter aus dem Blickwinkel des Nutzers definiert. Diese Ansicht des EuGHs kann jedoch kritisiert werden, da die Berücksichtigung des Nutzers in der Richtlinie *2006/115/CE* als Anhaltspunkt für die Zahlung einer angemessenen Vergütung im Bereich der Vergütungsrechte erwähnt wird, jedoch nicht als Kriterium der Definition eines Verwertungsrechts. Dabei spielte auch eine Rolle, besonders im *SCF/Marco Del Corso* Fall, ob das Publikum aufnahmebereit ist.

Darüber hinaus wird für das Charakterisieren einer Wiedergabe, auch ein neues zusätzliches Publikum berücksichtigt. Dieses neue zusätzliche Publikum scheint von einer etwas anderen Natur zu sein, als wenn es darum geht, die öffentliche Wiedergabe im *online*-Kontext zu definieren. Im *offline*-Kontext scheint es so als ob das zusätzliche Publikum die Anerkennung einer neuen Verwertung ermöglichen würde. Im Art. 11 bis (Absatz 1) der RBÜ wird das ausschließliche Recht der Urheber sehr weit interpretiert, da auch eine Weitersendung umfasst wird, wenn sie von „einem anderen als dem ursprünglichen Sendeunternehmen vorgenommen wird“. Das zusätzliche Publikum unterstützt sozusagen ein weites Verständnis der öffentlichen Wiedergabe, das ohnehin in Deutschland schon vorhanden ist. Da das „*Droit de représentation*“ nicht zwangsläufig eine öffentliche Dimension umfasst, kann in Frankreich von einer „Weitersendung“²²⁸⁸ im Sinne eines Verwertungsrechts nur dann die Rede sein, wenn diese „retransmission“ nicht im Rahmen eines Familienkreises stattfindet.

²²⁸⁶ Siehe EuGH, Urteil vom 19. November 2015, C-325/14 - *SBS Belgium*, Rn. 15; sowie EuGH, Urteil vom 31. Mai 2016, C-117/15, Rn. 37. - *Reha Training*.

²²⁸⁷ Siehe unter anderem: EuGH, Urteil vom 31. Mai 2016, C-117/15, Rn. 47 - *Reha training*; sowie EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2006, C-306/05, Rn. 42 und 47 - *SGAE*; EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, C-403/08 und C-429/08, Rn. 196 - *Football Association Premier League u. Murphy*; EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-351/12, Rn. 26, - *OSA*.

²²⁸⁸ Auf Französisch: retransmission.

Darüberhinaus wird die Differenzierung von Werkvertretung und technischer Leistung vom EuGH tatsächlich nicht so klar durchgeführt. Als Beispiel kommt als Nutzer ein Hotelbetreiber in Betracht, der in den einzelnen Zimmern eines Hotels Fernsehgeräte installiert. Diese Handlung wurde als Nutzung, d.h. als öffentliche Wiedergabe qualifiziert. Auch das zur Verfügung-Stellen von zusätzlichen Geräten (z. B. CD-Spielern) und Tonträger (z. B. CD) im Zimmer eines Hotels wurde gleichermaßen als eine öffentliche Wiedergabe qualifiziert, sodass der Unterschied zwischen einer technischen Leistung und einer Nutzung tatsächlich schwer zu begreifen ist.

Ziel der Wiedergabe ist die Öffentlichkeit, wobei klar ist, dass die Öffentlichkeit einer Wiedergabe mit dem privaten Charakter eines Ortes nichts zu tun hat. Um die Adressaten einer Wiedergabe zu definieren, hat der EuGH letztendlich zwei Kriterien offengelegt. Erstens soll die Öffentlichkeit aus einer unbestimmten Zahl potenzieller Leistungsempfänger bestehen, und zweitens soll die Öffentlichkeit aus „recht vielen Personen“ bestehen. Dieser Begriff der „Öffentlichkeit“ ist mit dem Begriff im deutschen und im französischen Recht nicht zu vereinbaren. Das deutsche Recht kennt eine gesetzliche Definition in § 15 Abs. 3 Satz 1 und 2 der Öffentlichkeit, und in Frankreich wird die Öffentlichkeit *a contrario* des Familienkreises herauskristallisiert. Somit ist der Umfang einer Öffentlichkeit in Frankreich und in Deutschland unterschiedlich.

Darüber hinaus hatte der EuGH in zwei Urteilen vom 15. März 2012 vorgebracht, dass die Wiedergabe Erwerbszwecken dienen soll, ein Kriterium, das durch das Urteil *ITV-Broadcasting*²²⁸⁹ jedoch als unerheblich erklärt wurde. Zum Teil betont jedoch der Gerichtshof nur, dass die Erwerbszwecke nicht unerheblich seien²²⁹⁰.

Unklar bleibt, ob die Kriterien kumulativ anwendbar sind oder nicht. Die EuGH-Rechtsprechung sorgt nicht für Rechtssicherheit und ist auch nicht widerspruchsfrei. Dennoch ist die Initiative des EuGH zu begrüßen, da er versucht, die „Ambiguität“ oder die Lücken der Richtlinie durch seine Rechtsprechung zu beheben. Das Verwertungsrecht der „öffentlichen Wiedergabe“ ist in den Richtlinien zwar harmonisiert, aber die Begriffe selbst sind nicht ausreichend definiert und die Formulierung des Rechts sehr vage. Eine autonome und einheitliche Auslegung, ja sogar Rechtsfortbildung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe, trüge zur Harmonisierung bei. Man muss allerdings fragen, ob der EuGH die Legitimität und die Kompetenz hat, eine solche Rechtsfortbildung durchzuführen. Man könnte dem EuGH auch vorwerfen, die internationalen Texte (z. B.: TRIPS, WTO, WPPT oder WCT) nicht genügend zu berücksichtigen. Allerdings sind diese Texte nicht unbedingt den neuen

²²⁸⁹ Wohlgermerkt im Rahmen der Charakterisierung einer öffentlichen Wiedergabe im *Online*-Bereich !

²²⁹⁰ Siehe EuGH, Urteil vom 31. Mai 2016, C-117/15, „Rn. 49; etc, - *Reha Training*.

technologischen Herausforderungen angepasst. Ohne Textgrundlage ist es jedenfalls nicht überraschend, dass der EuGH sehr empirische und wirtschaftsbezogene, ja sogar bei der Bearbeitung von Vorlagefragen fallbezogen pragmatische *ad-hoc* Argumente benutzt. So wurde zum Beispiel das Kriterium eines Erwerbszwecks bezüglich der juristischen Qualifikation einer öffentlichen Wiedergabe von einem Teil der Lehre vielfach kritisiert, weil nicht in erster Linie die Interessen des Urhebers als Schöpfer berücksichtigt werden, sondern wirtschaftliche Interessen. Welche Reichweite die EuGH Rechtsprechung hat, bleibt jedoch umstritten.

Fraglich ist auch, ob das Recht der öffentlichen Wiedergabe für den EuGH ein einheitliches Konzept darstellt oder ob dieses Recht differenziert werden kann, mit dem Risiko, eine Überinterpretation der EuGH-Rechtsprechung vorzunehmen. Selbst eine sehr genaue Betrachtung dieser Rechtsprechung beantwortet die Frage nicht. Der Begriff der „Öffentlichkeit“ wird vom EuGH einheitlich definiert, der Begriff der „Wiedergabe“ anscheinend jedoch unterschiedlich, und zwar je nachdem, ob man es mit einer Interpretation der öffentlichen Wiedergabe im Zusammenhang mit dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers oder dem Vergütungsanspruch des Leistungsschutzberechtigten zu tun hat. Wenn der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Zusammenhang mit den Verwandten Schutzrechten definiert wird, dann scheinen die Erwerbszwecke und die Rolle des Werknutzers, wie z. B. ein Hotelbetreiber, eine wesentliche Bedeutung für das Charakterisieren einer öffentlichen Wiedergabe zu spielen. Doch ist ein differenziertes Konzept der öffentlichen Wiedergabe überhaupt nützlich? Schadet es nicht der Kohärenz und der Visibilität des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe? Wie können Frankreich und Deutschland dieses Verständnis der öffentlichen Wiedergabe rezipieren?

2. SEKTION- REZEPTION DER EUGH-RECHTSPRECHUNG IN D UND F

Einerseits wird die konkrete Rezeption der EuGH Urteile durch die nationalen Gerichte, die auch die Vorlagefragen gestellt haben, betrachtet. Es wird jedoch auch untersucht, inwieweit deutsche und französische Gerichte, die sich mit ähnlichen Fallkonstellationen beschäftigen, die Argumentation oder die Ergebnisse der EuGH Rechtsprechung rezipieren. Die Beurteilungen, was ein „*acte clair*“ ist, weichen jedoch voneinander ab. Handelt es sich *nicht* um einen „*acte clair*“ so *muss* der BGH in Deutschland oder die *Cour de cassation* in Frankreich oder ein anderes letztinstanzliches Gericht vorlegen, die Instanzgerichte *dürfen* vorlegen. So hat der BGH im Fall „Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen“²²⁹¹ aus dem Jahre 2015 einen *acte clair* jedenfalls im Hinblick auf das frühere Urteil bezüglich der Hintergrundmusik in

²²⁹¹ BGH, Urteil vom 18. Juni 2015, I ZR 14/14, – *Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen*.

Zahnarztpraxen als gegeben angesehen. In der Tat hatte der EuGH in einem ähnlichen Fall, mit der gleichen juristischen Frage, eine öffentliche Wiedergabe verneint, da der Zahnarzt das Werk nicht absichtlich weitergeleitet hat, das Publikum nicht aufnahmebereit war und mit der Vermittlung des Zugangs zum Werk vom Zahnarzt keine Erwerbszwecke verfolgt wurden. So auch die Entscheidung des BGH im neusten Fall, der jedoch anders als zum Beispiel das LG Köln im Fall des „Rehabilitationszentrum“, unter anderem vertritt, dass bei der Wiedergabe von Hintergrundmusik in Wartezimmern von Zahnarztpraxen *keine* hinreichend große Zahl von Personen gleichzeitig oder nacheinander erreicht²²⁹² wird. Die Frage ist, wann ein sukzessives Publikum (das heißt, ein sukzessiver Zugang zu den Werken) berücksichtigt werden kann. Die EuGH Rechtsprechung hatte den Eindruck erweckt, dass eine sukzessive Öffentlichkeit vorliegt²²⁹³, was im Rahmen eines Wartezimmers von Zahnarztpraxen auch plausibel ist.

Das sogenannte *Ramses-Urteil* des BGH betont seinerseits die Artikulation der Begriffe wie die „unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten“ und „einer ziemlich großen Zahl von Personen“. Demnach, kann eine öffentliche Wiedergabe selbst dann wegen der Bestimmtheit des Personenkreises ausscheiden, wenn der angesprochene Personenkreis relativ *viele* Personen umfasst. Im konkreten Fall waren es 343 Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft in München. Nach dem BGH ergibt sich aus der EuGH-Rechtsprechung nicht, dass ein bestimmter Kreis von Empfängern aus wenigen Personen bestehen müsse. Vollständig klar erscheint allerdings nach der bisherigen EuGH-Rechtsprechung nicht, ob es nicht doch eine quantitative Grenze gibt, ab der auch bei einem bestimmten Personenkreis von einer Öffentlichkeit ausgegangen werden muss. Das dürfte hier für die Einstufung von größeren privaten Feiern mit festem Kreis der Eingeladenen relevant sein, da dies bis jetzt in der deutschen Rechtsprechung durchaus als eine *Öffentlichkeit* angesehen wird. Darüberhinaus ist in der derzeitigen Rechtsprechung sowohl in Frankreich als auch in Deutschland die Abgrenzung der Sendeaktivität zum organisierten Privatempfang nach wie vor offen.

Kurz, die Differenzierung zwischen der Wiedergabe von Musik in Rehabilitationszentren, Hotels, Gaststätten, Wartesälen von Arztpraxen und selbst größeren Privatfeiern scheint fragwürdig. Festzuhalten ist, dass die Rechtssache *SCF/Marco del Corso* vom 15.03.2012 von der Lehre scharf kritisiert wurde, und zwar sowohl hinsichtlich der Urteilsargumentation als auch hinsichtlich der Lösung, da der EuGH, anders als die deutschen Gerichte (bis zum Jahre 2015), der Auffassung ist, dass Ärzte, die in ihrer Privatpraxis kostenlos Tonträger wiedergeben, keine

²²⁹² BGH, GRUR 2016, 278 Rn. 43 ff. – *Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen*.

²²⁹³ EuGH, Rs. C-306/05, Slg. 2006, I-11519 = GRUR 2007, 225, Rn. 38 – *SGAE/Rafael Hoteles*.

vergütungspflichtige *öffentliche Wiedergabe* vornehmen. In der Tat handelt es sich nach deutschem Recht um eine Wiedergabe von Hörfunksendungen in Wartezimmern von Zahnarztpraxen (§ 15 Abs. 2 Satz. 1 und 2 Nr. 5 Fall 1, i. V. m § 22 Satz 1 Fall 1 UrhG). Doch nach § 22 UrhG ist die Funksendung von einem präsenten Publikum unmittelbar wahrnehmbar, so dass Art. 3 der *InfoSoc*-Richtlinie, dieses Recht wahrscheinlich gar nicht harmonisiert. Auch in Frankreich würde es sich hier um ein „droit de représentation“ handeln, da die Kunden eines Zahnarztes keinen Familienkreis bilden, und weil es sich hier um eine „retransmission“ handelt, die ganz im Sinne des Art. 11 bis 1 der RBÜ die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts begründet, sodass hier von einer „Zweitverwertung“ die Rede sein kann, also von einer „représentation secondaire“. Selbst die Weitersendung im privaten Hotelzimmer ist eine Zweitverwertung, da der Hotelbetreiber doch eine aktive Rolle spielt²²⁹⁴. Die explizite Referenz des *SGAE*-Urteils in den Urteilen der *Cour de cassation*²²⁹⁵ deuten nur darauf hin, dass die Kunden eines Hotels ein Publikum bilden, und dass die „Zurverfügungstellung“ (*mise à disposition*) von – fest verankerten – Fernsehgeräten den Empfang des Signals ermöglicht.

Klar ist jedoch, dass wenn der Betreiber eines Hotels die Hotelzimmer nur mit Fernsehgeräten ausstattet mit denen Hotelgäste ausgestrahlte Fernsehsendungen lediglich über eine Zimmerantenne empfangen können, diese Fernsehsendungen auch nicht im Sinne von § 15 Abs. 3 UrhG öffentlich wiedergibt²²⁹⁶. Das bloße Bereitstellen der Einrichtungen, die eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, stellt selbst keine Wiedergabe, und *a fortiori* keine öffentliche Wiedergabe im Sinne der *InfoSoc*-Richtlinie dar²²⁹⁷. Dennoch bleibt es schwer zu entscheiden, in welchem Sinne ein Nutzer aktiv sein soll. Auf dem ersten Blick scheint alles klar: „Wer empfängt sendet nicht“. Doch wann hat man es mit einer Weitersendung zu tun?

Da das LG Köln im Fall des Rehabilitationszentrums sich nicht zu einer abschließenden Entscheidung in der Lage sah, hat es von seinem Vorlagerecht an den EuGH Gebrauch gemacht. Soll der Betreiber eines Rehasentrums, der in zwei Warteräumen und einem Trainingsraum Fernsehgeräte zur Nutzung durch Patienten „installiert“, der Verwertungsgesellschaft GEMA Gebühren bezahlen? Nachdem der EuGH darauf abstellte, dass der Betreiber die Fernsehsendungen absichtlich weitersendet, und die Gesamtheit der Kunden ein Publikum bildet, wird hier die Anwesenheit eines neuen Publikums anerkannt. Von nicht unerheblicher Bedeutung sind aber auch die Erwerbszwecke oder der wirtschaftliche Vorteil, den der Betreiber

²²⁹⁴ Anders als es explizit im Urteil der *Cour de cassation* steht!

²²⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, n°08-16.022 et n°08-16.024 : JurisData n°2010-051484.

²²⁹⁶ BGH, Urt. v. 17.12.2015 – I ZR 21/14 (LG Berlin) = GRUR 2016, 697. *Keine Urhebervergütung für bloßes Bereitstellen von Fernsehgeräte in Hotelzimmern – Königshof*.

²²⁹⁷ Siehe ErwG. 27 *Infosoc*-Richtlinie.

aus dem Ausstrahlen von Fernsehsendungen zieht. Im Ergebnis würde ein ähnlicher Sachverhalt in Deutschland und auch in Frankreich mit dem EuGH-Urteil übereinstimmen, jedoch nicht was die Argumentation betrifft, da Erwerbszwecke in Deutschland und in Frankreich nicht dazu dienen, ein Verwertungsrecht zu definieren, sondern höchstens die Höhe einer Vergütung. Auch wenn die Erwerbszwecke keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen einer öffentlichen Wiedergabe sind, scheint dieses Kriterium durchaus relevant zu sein.

2. KAPITEL- ÖFFENTLICHE WIEDERGABE IM *ONLINE*-KONTEXT

Das zweite Kapitel berücksichtigt vorwiegend die juristische Qualifikation des *Framings* und des *Linkings*, aber auch die Wiedergabe im Rahmen des *Streamings*. Erstaunlicherweise argumentiert der EuGH nur anhand der öffentlichen Wiedergabe, obwohl angesichts des Vervielfältigungsrechts oder eines *sui generis* Rechts auch die juristische Qualifikation des *Linkings* hätte analysiert werden können. Dabei setzt eine urheberrechtliche Argumentation voraus, dass einerseits das Setzen eines *HyperLinks* als Verwertung eines Werkes angesehen wird und es sich andererseits nicht nur um einen Werkzugang handelt, sondern dass die *HyperLinks* auf urheberrechtlich geschützte Werke führen können. In der ersten Sektion wird die öffentliche Wiedergabe wieder dreifach komparativ anhand der EuGH-Rechtsprechung und des französischen und deutschen Rechts analysiert. Die Rezeption wird dagegen in der zweiten Sektion untersucht.

1. SEKTION- DARSTELLUNG UND ANALYSE DER ÖFFENTLICHEN WIEDERGABE

Trotz des vor kurzem verkündeten Urteils *Sanoma* ist sowohl in Deutschland als auch in Frankreich noch unklar, wann genau und unter welche Bedingungen nach dem europäischen Recht das *Linking* und das *Framing* als öffentliche Wiedergabe anzusehen sind. Darum ist eine klare Position des EuGH wünschenswert.

In Frankreich ist das Setzen eines *Links* dann eine Urheberrechtsverletzung, wenn es Werke verbindet, die entweder schon unrechtmäßig reproduziert oder unbestreitbar ohne die Zustimmung des Rechtsinhabers *online* bereitgestellt wurden. Die Rechtsverletzung wird hierbei durch die „Zuverfügungstellung von Mitteln“²²⁹⁸ festgestellt, ohne dass die Qualifikation des *Links* zu präzisieren ist. Eine solche Beurteilung wird umsomehr berücksichtigt, wenn es sich um einen *embedded Link* oder einen *Framing* handelt, bei denen der äußere Eindruck den Internetnutzer täuscht. Entscheidend ist dabei der „Wille“ des *Linksetzers* und seine „intellektuelle“

²²⁹⁸ Auf Französisch : *actes de contrefaçon par la fourniture de moyens*.

Verantwortung, wenn es beispielsweise darum geht zu entscheiden, wer eine Kopie im Rahmen der Anwendung der Schranke der Privatkopie angefertigt hat.

In einigen Urteilen wird jedoch das Zuverfügungstellen nicht im juristischen Sinne, sondern nur im ‚technischen‘ Sinne interpretiert, sodass — wie in Deutschland — das Setzen eines *Links* als urheberrechtlich zulässig angesehen wird. Indes hat der BGH das Setzen eines *Links* selbst dann als urheberrechtlich zulässig angesehen, wenn es sich um einen „*deep Link*“ handelt, der an der *Homepage* des Adressaten vorbei direkt auf die Zielseite leitet. Man argumentiert, dass das *Link*setzen keine öffentliche Wiedergabe sei, da nur der Betreiber der Ziel*webseite* eine Kontrolle über das Werk verübe und darüber entscheide, ob das Werk im *Internet* zur Verfügung stehe oder nicht. Zu betonen ist jedoch, dass der Fall anders zu beurteilen ist, falls ein *Link* zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen dient, womit das Werk entgegen der Ansicht des *Webseitenbetreibers* erstmals frei zugänglich wird.

Es wird untersucht, ob diese Fälle mit den Lösungen der *InfoSoc*-Richtlinie vereinbart werden können.

Doch selbst das *Svensson*-Urteil hat mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet. In Abwesenheit eines „*Acte clair*“, sah sich der BGH gezwungen, dem EuGH Fragen bezüglich der juristischen Qualifikation eines *Links* vorzulegen. Der EuGH antwortete²²⁹⁹, dass das Setzen eines *Links* eine *Wiedergabe* sei, weil wir es hier mit einer *Zugänglichmachung (mise à disposition)* zu tun haben, diese aber kein neues Publikum erreiche, und deshalb nicht als eine öffentliche Wiedergabe qualifiziert werden könne. Es ist es notwendig zu bemerken, dass das Kriterium des ‚neuen Publikums‘ nicht gleicher Natur ist wie im Rahmen der Definition der öffentlichen Wiedergabe im *offline-Bereich*: Im *online-Bereich* wird das Kriterium des ‚neuen Publikums‘ als *sine-qua-non*-Kriterium benutzt. In Abwesenheit eines neuen Publikum kommt schlicht keine öffentliche Wiedergabe zustande, was auch ähnlich in den Fällen *Bestwater* und *Sanoma* angeführt wurde.

Das Kriterium des ‚neuen Publikums‘ wird allerdings nur im Falle eines gleichen technischen Verfahrens untersucht, wie es im *Svensson*-Urteil oder im *Bestwater*-Beschluss gegeben ist. Was der EuGH unter einem gleichen technischen Verfahren versteht, d. h. konkret, unter dem gleichen Medium ‚*Internet*‘, kann allerdings kritisiert werden. Es ist nämlich naheliegend, dass überhaupt die Unterscheidung technischer Verfahren ungeeignet ist, da sich wegen der Technologie-Konvergenz wahrscheinlich Verfahren gar nicht mehr unterscheiden lassen. Darüberhinaus ist auch die Charakterisierung eines ‚einheitlichen‘ Publikums zu kritisieren, weshalb ein differenzierteres Konzept des Publikums wünschenswert wäre.

²²⁹⁹ EuGH, Urteil vom 13. Februar 2014, C-466/12.

Fraglich ist erstens, ob eine *a contrario* Interpretation des *Svenssons*-Urteils im Bereich des Möglichen ist. Handelt es sich um eine ‚öffentliche Wiedergabe‘, sobald *Links* auf Werke gesetzt werden, die *ohne* Zustimmung des Rechtsinhabers öffentlich zugänglich gemacht wurden? Das *Sanoma*-Urteil scheint jedenfalls diese *a contrario* Interpretation weder zu bestätigen noch zu verneinen, obwohl die „conclusion“ des Generalanwaltes gerade auf das Gegenteil hingedeutet hatte²³⁰⁰.

Es geht also wohl darum, eine Kompromisslösung zu finden, um einerseits den freien Zugang zur Information im *Internet* zu fördern und andererseits dem Urheberrecht gerecht zu werden. Wenn jeder *Link* das Verwertungsrecht des Urhebers beträfe, würde das *Internet* gelähmt und, umgekehrt, wären *Links* ineffizient, wenn sie nie das „Monopol“ der Verwertung zur Umsetzung erforderten.

Zweitens stellt sich auch die Frage, ob die Umgehung von beschränkenden Maßnahmen durch das Setzen eines *Links*, diesen Werkgebrauch als eine öffentliche Wiedergabe qualifiziert. Können beschränkende Maßnahmen auf technische Maßnahmen reduziert werden?

Letzlich scheinen die Erwerbszwecke im *Sanoma*-Fall die Rolle eines Indiz zu spielen, da es darum geht zu untersuchen, ob sich der *Link*setzer bewußt war, dass die *verlinkten* Werke unrechtmäßig (*illicite*) waren. Sobald das Setzen eines *Hypertext-Links* gewinnorientiert ist, kann man vom Autor dieser Setzung erwarten, die erforderlichen Kontrollen durchzuführen, um sicherzustellen, dass das betreffende Werk auf der *Website*, zu der das genannte *Hyperlink* führt, nicht illegal veröffentlicht ist. In diesem Fall geht der EuGH davon aus, dass die Setzung des *Links* vom Autor in voller Kenntnis der geschützten oder nicht geschützten Natur des Werkes und des möglichen Fehlens einer Veröffentlichungsgenehmigung für das *Internet* durch den Inhaber des Urheberrechts, vollzogen wurde. Zum ersten Mal schlägt der Europäische Gerichtshof die Berücksichtigung einer widerlegbaren Vermutung vor, d. h. einer Vermutung, die durch Beweise für das Gegenteil widerlegt werden kann.

Daher ist in Ermangelung von Beweisen für das Gegenteil die Setzung eines Hyperlinks auf ein illegal veröffentlichtes Werk im *Internet* im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der *InfoSoc*-Richtlinie eine ‚öffentliche Wiedergabe‘, weil sich der *Link*setzer voll und ganz über die Verfügbarkeit des Werks im *Internet* ohne die Erlaubnis des Copyright-Inhabers bewußt war. Man geht also hier von der Annahme einer ‚bösen Absicht‘ aus, während der ‚gute Glaube‘ in der klassischen traditionellen französischen Rechtsprechung in einer Zivilklage wegen einer Schutzrechtverletzung in der Regel gleichgültig ist.

²³⁰⁰ *Sanoma*-Fall, C-160/15, Rn. 88.

2. SEKTION- REZEPTION DER EUGH-RECHTSPRECHUNG IN D UND F

Die Entscheidungen des BGH im Verfahren *Die Realität*, auf der europäischen Ebene unter dem Namen *Bestwater* bekannt, betrafen einen typischen *framing*-Fall. Daher war es nicht verwunderlich, dass der 1. Zivilsenat in seinem Vorlagebeschluss das Kriterium des ‚Sich-zu-eigen-Machens‘ bedient hat, um die Verletzung eines neuen unbenannten Verwertungsrechts der unkörperlichen Wiedergabe nach §15 – Abs. 2 UrhG zu erkennen. Obwohl der EuGH die Vorlagefrage geklärt hat (*die Realität II*), setzt die vorliegende Entscheidung des BGH noch immer keinen Schlusspunkt der Diskussion wie *framing* juristisch zu qualifizieren ist. Es wird diskutiert wie diese Entscheidung mit artverwandten Fällen der Suchmaschinen, insbesondere der Bildersuche mit den Entscheidungen *Vorschaubilder I* und *Vorschaubilder II* zu vereinbaren ist.

In Frankreich scheint eine Rezeption der Argumentation des EuGHs deshalb schwierig, weil auf die Qualifikation des Setzen eines *Links* nicht immer präzise eingegangen wird und weil darüberhinaus noch, angesichts einer der E-Kommerz-Richtlinie unterworfenen Haftungsbeschränkung der Internetdienstanbieter, es gar nicht möglich ist, eine urheberrechtliche Untersuchung durchzuführen.

2. ABSCHNITT- VERWERTUNGSRECHTE IN KÖRPERLICHER FORM: VERVIELFÄLTIGUNG UND VERBREITUNG

1. KAPITEL- VERVIELFÄLTIGUNGSRECHT

1. SEKTION- DIE VERVIELFÄLTIGUNG

In Frankreich soll die Vervielfältigung mittelbar eine öffentliche Wiedergabe ermöglichen, sodass hier eher ein globales Verständnis vorliegt, während in Deutschland die Tendenz besteht, in Abwesenheit einer expliziten Referenz auf die öffentliche Wiedergabe, die Vervielfältigung nur im technischen Sinne einer Fixierung zu verstehen, ein Verständnis, das auch auf der europäischen Ebene vorhanden ist.

2. SEKTION- BESONDERE HERAUSFORDERUNGEN DER VORÜBERGEHENDEN VERVIELFÄLTIGUNG

Das in der Informationsgesellschafts-Richtlinie wie im deutschen Urheberrechtsgesetz überaus weit formulierte Vervielfältigungsrecht ist in seiner Anwendung nicht ohne Probleme. Ob technische Vervielfältigungshandlungen geschützter Bestandteile vorliegen oder nicht, hängt oft nur von der technischen Konfiguration der betreffenden Systeme ab (z. B.: Kopiervorgänge bei *Streaming*-Diensten gegenüber *Download*-Vertrieb). Da die Vervielfältigung alleine nicht

ausreichend ist, um viele Leute zu erreichen, ist das Verbreitungsrecht notwendig. Diesbezüglich sind die Probleme für Frankreich und Deutschland dieselben.

2. KAPITEL- VERBREITUNGSRECHT

1. SEKTION- DAS KONZEPT IN DER ANALOGEN WELT

Es ist nicht leicht ein „Pendant“ zum Art. 4 (Verbreitungsrecht) der *InfoSoc*-Richtlinie auf der nationalen Ebene zu finden. Das deutsche Urheberrecht kennt ein Verbreitungsrecht, geregelt im §17 UrhG, das französische Urheberrecht jedoch nicht, zumindest nicht *als solches*. Eine Richtlinie erlaubt die Wahl der Mittel. Das „Pendant“ zum Verbreitungsrecht in Frankreich soll vom *droit de destination* hergeleitet werden, das nicht als solches im französischen Gesetz zu finden ist, sondern auf Grund der synthetischen Auffassung des französischen Rechts mittelbar unter das *Vervielfältigungsrecht* fällt. Es handelt sich um eine „gewisse Kontrolle“. Manche Stimmen der Literatur fragen sich sogar, ob das französische Recht überhaupt EU-konform sei. Im Art. L. 122-3-1 des französischen Gesetzes ist dennoch die Rede von der Erschöpfung des *Verbreitungsrechts*, ohne dass dieses Recht im Gesetz überhaupt vorgesehen ist!

Es ist aber auch die deutsche Konzeption der Vermietung und des Leihens nicht immer mit der EU-Rechtsprechung konform, besonders nicht mit dem Urteil *Peek&Cloppenburg* (17.04.2008, C-456/06), da auf der EU-Ebene eine Verbreitung nur als eine „Eigentums-Übertragung zu verstehen“ ist, was beim Leihen und Vermieten definitiv nicht der Fall ist.

2. SEKTION- DAS KONZEPT IN DER DIGITALEN WELT

Im Zusammenhang mit dem Verbreitungsrecht in der digitalen Welt wird vor allem die Frage nach der Reichweite von dessen Erschöpfung virulent diskutiert, insbesondere wenn urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen nicht mehr *offline* (wie noch im Fall von CDs und DVDs), sondern *online* vertrieben werden. In seiner *usedSoft*-Entscheidung hat sich der EuGH mit der Ausweitung der Erschöpfungswirkung bei Computerprogrammen im *online*-Bereich beschäftigt. Die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld kann besondere Probleme aufwerfen: wie kann man angesichts der identischen Qualität des digitalen Datenbestands kontrollieren, ob die ursprünglich heruntergeladene Kopie weiterverbreitet oder vervielfältigt worden ist? Welche Formen der Weiterverbreitung sollten überhaupt vom Erschöpfungsgrundsatz gedeckt sein: nur die weitere Verbreitung auf körperlichem Träger? Darf ein Werk mit selbständigen Teilen, wie

etwa ein Musikalbum, auch in einzelnen Teilen weiterverbreitet werden oder muss der vorgegebene Zusammenhang gewahrt bleiben? Die Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft umgeht diese Art von Unsicherheiten. Nach Erwägungsgrund 29 stellt sich die Frage der Erschöpfung weder bei Dienstleistungen allgemein, noch bei *online*-Diensten im Besonderen. Es gibt aber keineswegs eine vergleichbare Aussage des Unionsgesetzgebers zu Computerprogrammen. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie über den *Schutz von Computerprogrammen* sieht vielmehr allgemein die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach dem Erstverkauf einer Programmkopie vor, ohne dass die Erschöpfungswirkung für eine *online* verbreitete Kopie ausgeschlossen wäre. Man kann sagen, dass es sich hier um eine Regelungslücke handelt, die sich mit dem Entstehungszeitpunkt der Softwarerichtlinie erklären lässt. Diese stammt aus dem Jahr 1991 und damals stellte sich die Frage noch nicht, ob die Bereitstellung im *Internet* die Erschöpfung nach sich ziehen sollte. Die Regelungslücke lässt sich allerdings nicht ohne weiteres durch einen Verweis auf Erwägungsgrund 29 der allgemeinen Harmonisierungsrichtlinie schließen: denn gegenüber dieser Richtlinie ist die Softwarerichtlinie *lex specialis*. In seiner *usedSoft*-Entscheidung nutzt der EuGH die Regelungslücke als Schlupfloch, um den Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld auf Computerprogramme auszudehnen. Die Erschöpfungsregelung in Art. 4 Abs. 2 der *Softwarerichtlinie* kennt keinen Unterschied zwischen körperlichen und unkörperlichen Programmkopien: es ist nämlich nur die Rede von einem Erstverkauf einer Programmkopie. Der EuGH betrachtet das Herunterladen und den Abschluss eines Lizenzvertrags als unteilbares Ganzes, um letztlich zum Schluss zu kommen, dass der Oracle-Kunde gegen Zahlung eines Entgelts ein unbefristetes Nutzungsrecht der selbst heruntergeladenen Kopie besitzt, was juristisch als ein „Erst-Kauf“ zu analysieren ist. Tragend ist dabei der Gedanke, dass die Veräußerung eines Computerprogramms auf CD-ROM oder DVD faktisch und wirtschaftlich der Veräußerung durch Herunterladen aus dem *Internet* vergleichbar ist.

Hiermit begründet der EuGH seinen Entscheid mit der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit der Vertriebs Sachverhalte. Den Erschöpfungsgrundsatz an eine wirtschaftliche Eigentumsübertragung anzuknüpfen „mag zwar den Kern“ des Problems getroffen haben, aber die eigentliche Herausforderung der Entwicklung einer angemessenen Erschöpfungslehre für *online*-Netzwerke ist damit noch nicht bewältigt. So bleibt die Frage der Reichweite eines solchen Erschöpfungsgrundsatzes offen. Soll sich die Erschöpfung auf das Vervielfältigungsrecht erstrecken? Aus dem synthetischen französischen Blickwinkel ist dies eine ganz selbstverständliche Frage, da das Verbreitungsrecht als solches nicht existiert. Nach der analytischen deutschen Segmentierung der Rechte ist diese Frage etwas gewagter. Nach dem *usedSoft*-Modell wird nicht die ursprüngliche Kopie des Ersterwerbers als solches weitergegeben. Der

Fall wirft vielmehr die weitere Frage auf, ob der Zweiterwerber seinerseits zum erneuten *Download* berechtigt ist. Dieser *Download* stellt sich aus urheberrechtlicher Sicht nicht als Vorbereitungshandlung, sondern als Vervielfältigung dar.

Spannend ist es hier, die „Rezeption“ im weitesten Sinne des *usedSoft*-Urteils in Deutschland und in Frankreich zu analysieren, da die Gerichte auf der nationalen Ebene mit ähnlichen Sachverhalten aber gleichen Rechtsfragen konfrontiert sind. Dabei geht es um die Frage der Reichweite eines solchen Erschöpfungsgrundsatzes. Ist die Ausweitung der Erschöpfungswirkung nur bei Computerprogrammen im *online*-Bereich möglich? Das OLG Hamm hat am 15.5.2014 in einem sehr ausführlich begründeten Urteil das Eingreifen des Erschöpfungsgrundsatzes beim *online*-Vertrieb von Hörbüchern abgelehnt und das im Einklang mit der „traditionellen“ deutschen Rechtsprechung. Die tatsächliche und mögliche Rezeption des *usedSoft*-Urteils wurde und wird sehr kontrovers diskutiert. Dies ist nicht verwunderlich, da ein großer Teil der Diskutanten die Entscheidung aufgrund dogmatischer Schwächen abgelehnt hat. So gibt beispielsweise die Formulierung, dass eine „Handlung der öffentlichen Wiedergabe (...) durch Eigentumsübertragung zu einer Handlung der Verbreitung werden könne“, einige Rätsel auf. Man kann vermuten, dass es dem EuGH schlichtweg um die Durchsetzung der Verkehrsfreiheit im Binnenmarkt — hier der Warenverkehrsfreiheit — ging. Für diese Mutmaßung spricht auch das noch vor der *usedSoft*-Entscheidung ergangene *Murphy*-Urteil, bei dem die Dienstleistungsfreiheit herangezogen wurde, um den grenzüberschreitenden Handel und den Einsatz physischer Decoder zu ermöglichen. Im konkreten Fall hatte der EuGH also die Verkehrsfähigkeit des digitalen Gutes ‚*Software*‘ im Sinn. Es scheint also, dass das Recht umgangen wird, um wirtschaftlichen Zielen zu entsprechen. Die Rechtssystematik scheint der wirtschaftlichen Realität nicht mehr angepasst zu sein.

In Frankreich und Deutschland stehen sich zwei annähernd gleich starke Lager gegenüber, die eine Übernahme der *usedSoft*-Grundsätze zur „*online*-Erschöpfung“ auf andere Werkarten als Computerprogramme entweder ablehnen (zumindest *de lege lata*) oder sie (zumindest *de lege ferenda*) fordern. Auffassungen, welche eine Anwendung nur auf solche Werke befürworten, die Computerprogrammteile enthalten, sind — soweit ersichtlich — eher selten. Die Argumente der genannten Auffassungen können zusammengefasst wie folgt dargestellt werden:

Einerseits gibt es die Befürworter einer Übertragung der *usedSoft*-Rechtsprechung auf andere Werkarten.

Dabei wird erstens vor allem die wirtschaftliche Vergleichbarkeit des digitalen Vertriebs von Werken und des Vertriebs eines körperlichen Werkstückes hervorgehoben: dies mache für den Verbraucher letztlich keinen Unterschied.

Zweitens würde es den Gedanken eines „freien Binnenmarkts“ widersprechen, wenn die Erschöpfung bei anderen Werkarten als Computerprogrammen nur bei Inverkehrbringen körperlicher Vervielfältigungsstücke greifen würde. Zudem stehe auch in der *InfoSoc-Richtlinie*, nebst ihrer *unverbindlichen* Erwägungsgründe 28 und 29, der Annahme einer Erschöpfung bei körperlos in Verkehr gebrachten Vervielfältigungstücken von anderen Werkarten als Computerprogrammen zumindest nicht entscheidend entgegen. Letztlich, hätte der EU-Gesetzgeber bei Erlass der Urheberrechts-Richtlinie die weitere Entwicklung des Internets und des Vertriebs über das *Internet* noch gar nicht absehen können. Auch der WIPO-Urheberrechtsvertrag (*WCT*) spreche nicht gegen eine solche Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes.

Andererseits gibt es Gegner einer Übertragung der *usedSoft*-Rechtsprechung auf andere Werkarten.

Als „*Pendant*“ zum ersten Argument wird angeführt, dass die Substituierbarkeit von körperlich und körperlos erstverbreiteten Werkexemplaren verkürzt, ja sogar falsch sei. Insbesondere kann eine digital verbreitete Kopie nicht im selben Sinne „kaputt“ oder „benutzt aussehen“. Zudem sind körperlose Werkexemplare beliebig oft reproduzierbar und können, anders als körperliche Werkexemplare, massenhaft verbreitet werden. Als Antwort auf das zweite oben dargestellte Argument wird betont, dass die Erwägungsgründe 28 und 29 für eine teleologische Auslegung der Richtlinie von Gewicht und zu beachten sind. Sie belegten nämlich, dass der europäische Gesetzgeber bewusst eine Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes auf körperlos in den Verkehr gebrachte Werkkopien ausschließt. Zudem fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke, die eine Auslegung per Analogie erlauben würde, da auch der deutsche Gesetzgeber eine Erschöpfung bei körperlos in den Verkehr gebrachten Werkkopien bewusst ausgeschlossen hatte. Sowieso wird das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) berührt (und nicht das Verbreitungsrecht, § 17 UrhG), wenn erstmals körperlos digitale Werke in den Verkehr gebracht werden. Letztlich wird betont, dass die Übertragung des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Güter gegen den *WCT* verstößt, und zwar sowohl gegen den Wortlaut als auch gegen die dort entwickelte Systematik. Die Vertragsstaaten wollten eben gerade die Unterscheidung zwischen körperlich und körperlos verbreiteten Werken beibehalten.

In diesem Kapitel steht die Übertragung der *usedSoft*-Rechtsprechung auf andere Werkarten zur Debatte, was zur Konsequenz hat, dass die Notwendigkeit einer *summa divisio* wieder in Frage gestellt wird. Zudem wird die Rezeption des *usedSoft*-Urteils in Deutschland sowie auch die Folgen für andere Fallkonstellationen mit *Software* untersucht, wobei auch die „fiktive Rezeption in Frankreich“ mitberücksichtigt wird.

II. TEIL- *DE LEGE FERENDA*: BEWERTUNG DER TRADITIONELLEN STRUKTUR DER RECHTE UND NEUES VERSTÄNDNIS DER VERWERTUNG

1. ABSCHNITT- INFRAGESTELLUNG DER TRADITIONELLEN STRUKTUR UND DEFINITION DER VERWERTUNG

1. KAPITEL- IST DIE *SUMMA DIVISIO* NOCH ZEITGEMÄSS?

Im *online*-Bereich verschwimmen die Unterschiede zwischen Verwertungsrechten in *körperlicher* Form und *unkörperlicher* Form. Durch die Dematerialisierung, die Konvergenz der Medien und die Interaktivität ist die juristische Qualifikation eines Werkvorganges komplex und erschwert.

1. SEKTION- ANGEMESSENHEIT DES UNTERSCHIEDUNGSMERKMALS IN DER DIGITALEN WELT?

Wie erwähnt, wird die *summa divisio* zwar in Frankreich und Deutschland vorausgesetzt, aber nicht explizit in der *InfoSoc*-Richtlinie auf der EU-Ebene. Da Rechte in körperlicher Form auch *online* anwendbar sind, stellt sich die Frage ob die sogenannte ‚Immaterialität‘ der digitalen Welt auf Materie verzichten kann, oder nicht ebenfalls auf einen, wenn auch nicht körperlichen materialen Träger angewiesen ist, was natürlich der Fall ist. Macht es einen technischen Sinn, von materialen körperlichen und materialen unkörperlichen Trägern zu sprechen? Ist diese Unterscheidung nicht nur relativ zur Messapparatur zu treffen? Um also hier eine relative Betrachtungsweise zu vermeiden, wurde von M. Gaudrat in seinem ‚dynamischen‘ Zugang vorgeschlagen, nicht auf die Ontologie des Trägers abzuheben, sondern die juristische Betrachtung auf die Träger-*Funktion* als ‚Eigentums-Übermittler‘ zu beschränken. Anzunehmen, dass die Verwertung in ‚körperlicher‘ Form an die Übertragung des Eigentums des Trägers im zivilrechtlichen Sinne gebunden ist, bedeutet umgekehrt, dass die Verwertung in ‚unkörperlicher‘ Form eine Eigentumsübertragung des Trägers ausschließt. Also kann sich das Verwertungsrecht nicht auf den Träger beziehen, sondern höchstens auf die Funktion des Übertragens. Hiermit entsteht das Problem, dass ein Kriterium des Schuldrechts ins Urheberrecht übertragen wird.

2. SEKTION- FLIESENDER ÜBERGANG DER VERWERTUNGSRECHTE UND ERSCHWERTE JURISTISCHE QUALIFIKATION DER WERKNUTZUNGEN

Oft ist unklar, ob eine Werknutzung als eine Verwertung in *körperlicher* oder *unkörperlicher* Form zu verstehen ist. Das ist in Deutschland zum Beispiel der Fall,

wenn es um Vorschaubilder geht²³⁰¹. Anhand einer langwierigen Argumentation kommt der BGH zu dem Schluss, dass *Google* zwar die Bilder öffentlich zugänglich macht, und dies eine Rechtsverletzung darstellt, die aber nicht rechtswidrig ist, da der Nutzer die Einwilligung gab, die Bilder ins Netz zu stellen. Um dieses Ergebnis zu erreichen, hat man sich sorgfältig davon überzeugt, dass die relevante Handlung weder eine Bearbeitung im Sinne des §24 UrhG noch eine Vervielfältigung ist, was darauf hindeutet, dass die juristische Qualifikation dieses Vorgangs keine Selbstverständlichkeit ist. Auch im *Internet-Videorecorder* Fall (BGH, Urteil vom 22. April 2009, I ZR 216/06), hat der BGH diesen Vorgang sowohl anhand des Rechts der öffentlichen Wiedergabe als auch des Vervielfältigungsrechts diskutiert, um schließlich ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht zu verneinen, da die Schranke der Privatkopie (§53 Abs. 1 Satz 1 UrhG) anwendbar ist. Diese Argumentation des BGH zeigt hier wiederum, dass die Trennung zwischen einer Verwertung in *körperlicher* Form und einer Verwertung in *unkörperlicher* Form nicht mehr angepasst ist.

Auch zwischen Deutschland und Frankreich kommt es zur unterschiedlichen juristischen Qualifikation eines gleichen Werkvorganges. So argumentiert das *Tribunal de grande Instance* in Paris bezüglich eines gleichen Falls, WIZZGO (TGI Paris, 25 nov. 2008), nur in Hinblick auf die Anwendung eines Vervielfältigungsrechts und nicht hinsichtlich der eventuellen Anwendung eines Rechts in unkörperlicher Form. Dabei wird letztendlich im Gegensatz zu Deutschland dieses Geschäftsmodell in Frankreich nicht erlaubt. Interessant ist die Art und Weise, wie die Debatte bezüglich der Qualifikation des *Setzens eines HyperLinks* in Frankreich und in Deutschland geführt wird. In Deutschland geschieht dies sowohl anhand des Rechts der öffentlichen Wiedergabe als auch anhand des Rechts der Vervielfältigung. In Frankreich hingegen wird nie anhand des Rechts der Vervielfältigung argumentiert. Dies zeigt immer von neuem, dass die *summa divisio* nicht mehr zeitgemäß ist. Es wird auch die Frage gestellt, ob ein Werkvorgang überhaupt eine urheberrechtlich relevante Werknutzung ist und wenn ja, ob diese Werknutzung von den Ausschließlichkeitsrechten oder von den Schranken erfasst wird. Wenn eine Werknutzung von einer Schranke erfasst wird, dann stellt sich wiederum die Frage nach dem Sinn und Zweck einer *summa divisio*, da eine Schranke oft sowohl das Recht in *körperlicher* Form, als auch das Recht in *unkörperlicher* Form beschränkt, wie es zum Beispiel der Fall bei der Zitatschranke ist.

Auch könnte die Frage nach der Reichweite der Erschöpfung des Verbreitungsrechts die traditionelle Konstruktion der Verwertungsrechte in Form einer *summa divisio* in Frage stellen, wie es zum Beispiel im Fall *usedSoft* von der Lehre

²³⁰¹ BGH, Urteil vom 29 April 2010, I ZR 69/08 - *Vorschaubilder I*, und BGH, Urteil vom 19. Oktober 2011, I ZR 140/10 - *Vorschaubilder II*.

diskutiert wird. Mit der Digitaltechnik und dem *Internet* verwischen sich manche Verwertungsformen. Digitale Werke - beispielsweise Software, E-Books - lassen sich *offline* als Werkexemplare und *online per download* verkaufen. Eine Handlung der (unkörperlichen) öffentlichen Wiedergabe soll eine Handlung der (körperlichen) Verbreitung werden können. Körperliche und unkörperliche Verwertung gehen ineinander über. Hier fragt sich, ob der Erschöpfungsgrundsatz in beiden Fällen zum Zuge kommen soll.

Traditionell wird von einer Verbreitung gesprochen, wenn Vervielfältigungstücke eines Werkes unter der Öffentlichkeit verbreitet werden. Im urheberrechtlichen Sinne beschränkt sich die Verbreitung auf die Verwertung des Werkes in körperlicher Form. Es geht um die Frage nach den Kriterien, nach denen im *online*-Bereich bestimmte Parameter der *offline*-Welt nachmodelliert werden sollen. In der *online*-Welt kann ein Werk aber auch unkörperlich „verbreitet“ werden, und dann spricht man im urheberrechtlichen Sinne von einer Sendung. Der EuGH, der auch für die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit zuständig ist, beschränkt das „Monopol“ der Rechtsinhaber: bezüglich des Verbreitungsrechts stützt der EuGH seine Argumentation auf die Warenverkehrsfreiheit, da ein Werk in körperlicher Form als Ware gesehen wird. Um das Senderecht zu beschränken, stützt der EuGH seine Argumentation auf die Dienstleistungsfreiheit. Erstaunlicherweise hat aber der EuGH in seinem Urteil den Einsatz von physischen Decodern (körperliche Exemplare) nach der Dienstleistungsfreiheit beurteilt²³⁰² und umgekehrt eine eigentliche Dienstleistung nach der Warenverkehrsfreiheit²³⁰³, sodass bestimmte Eigenschaften eines Rechts, wie zum Beispiel die Erschöpfung, gelten können. Hier werden also im *online*-Bereich die eigentlichen Waren als Dienstleistung bezeichnet und umgekehrt. Es scheint daher, dass das Recht umgangen wird, um wirtschaftlichen Zielen zu entsprechen. Die Rechtsystematik scheint der wirtschaftlichen Realität nicht mehr angepasst zu sein.

Angesichts des neuen EuGH-Urteils vom 13 Februar 2014 (Rechtssache C-466/12), kann man sogar noch weiter gehen und hinterfragen, ob nicht das Recht der „öffentlichen Wiedergabe“ in einem bestimmten Kontext einer Erschöpfung unterliegt. Es scheint als ob der Rechtsinhaber eine Kontrolle über sein Werk haben müsste. Wenn er diese Kontrolle verliert, dann kann das Werk *verlinkt* werden. Könnte man somit nicht von einer Art „Erschöpfung“ des Rechts der öffentlichen Wiedergabe sprechen? Die Nuance bestünde aber vielleicht darin, in der Rechtsache C-466/12 nur eine Kontrolle über den *Zugang* dieses Werkes zu sehen und nicht die Nutzung dieses

²³⁰² Z. B. EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, C-403/08 und C-429/08, Rn. 196 - *Football Association Premier League u. Murphy*

²³⁰³ Z. B. im Fall *usedSoft*, EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, C-128/11.

Werkes. In diesem Fall, würde es sich nur um eine sehr pragmatische Lösung des EuGH handeln, der sich bemüht allen Interessen gerecht zu werden.

2. KAPITEL- IST DAS VERSTÄNDNIS DER VERWERTUNG NOCH ZEITGEMÄSS?

Was ist eigentlich unter einer *Verwertung* zu verstehen? Weder in den französischen, noch in den deutschen Texten wird die Verwertung als solche definiert. Die Überlegung, erneut den Fokus auf die *Verwertung* der Werke zu richten, dient nicht nur zur Kritik des weiten Verständnisses des Vervielfältigungsrechts und somit der Formulierung der Schranke der vorübergehenden Vervielfältigung der *InfoSoc-RL*, sondern es geht vielmehr auch insgesamt darum, *de lege ferenda* die Konsistenz des Schutzzumfangs des Urheberrechts zu stärken.

1. SEKTION- TECHNISCHE BETRACHTUNG DER VERWERTUNG

Das führt auch dazu, die weite Definition des Vervielfältigungsrechts des Art.2 der *InfoSoc-Richtlinie*, die auch ein *technisches Verständnis* umfasst, zu überdenken. Ein *technisches Verständnis* des Vervielfältigungsrechts ist nämlich künstlich und unnötig. Wenn man den Nutzungsvorgang — z. B. das Hochladen eines Werkes im Netz — ontologisch betrachtet, dann findet das Recht der öffentlichen Wiedergabe sowieso Anwendung, da wir es ja mit einer Zugänglichmachung des Werkes im Netz zu tun haben. Darüber möchte man gerne wissen, warum eine körperliche Fixierung, die keine wirtschaftliche Selbständigkeit hat, und die keine Nutzungsart im eigentlichen Sinne darstellt, in den Bereich des Urheberrechts integriert werden soll. Auch ist, nach dem aktuellen Stand des Rechts und im Gegensatz zur analogen Welt, jeder *online Werkgenuss* ein urheberrechtlich relevanter Werkvorgang (selbst wenn dies meistens unter die Schranke des Art. 5 Abs. 1 der *InfoSoc* Richtlinie fällt).

Im Mittelpunkt des Interesses stehen Fragen bezüglich des *Caching*, *Routing* oder *Browsing*. Handelt es sich hier um Vorgänge, die urheberrechtlich überhaupt zu bewerten sind, und die eventuell im Anwendungsbereich einer Schranke, wie die der vorübergehenden Vervielfältigung inbegriffen sind, oder haben wir es hier nur mit technischen Vorgängen zu tun? Man muss auch überlegen, ob das *Browsing* als eine öffentliche Wiedergabe qualifiziert oder sogar nur als ein Werkvorgang angesehen werden kann, der den einfachen „Werkgenuss“ ermöglicht. Letztendlich ist diese Qualifikation eher zu verneinen, da ein Konsens darüber besteht, dass das Browsen urheberrechtlich relevant ist und als Vervielfältigung angesehen werden sollte. Dies führt aber dazu, dass der Begriff des Vervielfältigungsrecht *de facto* auf eine

„Fixierung“ reduziert wird, was eigentlich dem französischen Begriff des Vervielfältigungsrechts nicht entspricht.

Besonders ein technisches Verständnis des Vervielfältigungsrechts kann „missbraucht“ werden, sodass der Vorgang selbst nicht mehr urheberrechtlich relevant ist. Dadurch ist zu befürchten, dass besonders beim *Streaming* oder beim *Cloud Computing* das Werk nicht mehr als Ganzes gesehen, sondern gerade die Atomisierung des Vorgangs hervorgehoben wird, um dem Urheber keine Vergütung zu bezahlen.

In der Tat bringt eine „technische“ Betrachtung der Verwertung Nachteile mit sich:

- a- Werkgenuss in der Definition der Verwertung
- b- Zugang in der Verwertung.

So kann die einfache Lektüre eines Textes im *Internet* als eine Nutzungshandlung im Sinne einer Vervielfältigung gemäß § 16 UrhG qualifiziert werden, da wegen der technologischen Entwicklung eine maschineninterne Vervielfältigung vorgenommen werden muss. Was die Anwendung des Ausschließlichkeitsrechts auslöst, ist hier also der einfache *rezeptive Werkgenuss*²³⁰⁴ eines Werkes. Damit ist aber letzterer nicht mehr wie im analogen Zeitalter ohne weiteres frei²³⁰⁵.

Argumentiert wird, dass der Werkgenuss frei bleiben soll, was eben gerade im Bereich der Digitaltechnik und des Internets der aktuellen Rechtslage nach nicht der Fall ist. Das Lesen eines literarischen Werkes auf dem Computerbildschirm wird selbst schon zu einer rechtfertigungsbedürftigen Handlung, obwohl wir es mit einer privaten Werkverwendung zu tun haben, da wegen technisch bedingten Zwischenspeicherungen jeder Nutzer des Internets in das Vervielfältigungsrecht eingreift.

Wie ist z. B. das Setzen eines *HyperLinks* juristisch zu qualifizieren? Wird hier nur der *Zugang* zum urheberrechtlich geschützten Werk erleichtert oder handelt es sich um eine zustimmungsbedürftige Werknutzung, die somit unter das Ausschließlichkeitsrecht, z. B. der öffentlichen Wiedergabe²³⁰⁶, fällt?

Auch das „*Link-Setzen*“ führt zu ähnlichen „Bewertungsproblemen“. Ermöglicht das Anklicken eines *Links* nur den Werkgenuss? Selbst wenn dieser Werkgenuss nicht als

²³⁰⁴ Diese Terminologie wird von J. MARLY benutzt in *Bildschirm, Cache-Kopien und Streaming als urheberrechtliche Herausforderung*, EuZW 2014, 616 ff. (617).

²³⁰⁵ A. OHLY, *Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und zu dessen Durchsetzung?* Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag.

²³⁰⁶ In diesem Zusammenhang werden folgende EuGH-Urteile analysiert: EuGH v.13.02.2014, C-466/12—*Svensson*, ZUM 2014, 289 ff.; EuGH v.21.10.2014, C-348/13—*Bestwater*, ZUM 2015, 141 ff.; EuGH v. 26.03.2015, C-279/13—*Sandberg*.

Nutzungshandlung anzusehen ist, die einen Eingriff in ein ausschließliches Recht mit sich bringt, soll nach einigen aktuellen Meinungen in der Lehre der Urheber zumindest wirtschaftlich an jedem einzelnen Werkgenuss seines Werkes beteiligt sein, *per* Analogie zum Beteiligungsgrundsatz. Argumentiert wird auch, dass das Setzen eines HyperLinks nur einen *Zugang* zu einem Werk ermöglicht. Doch das Urheberrecht schützt *Nutzungsvorgänge* und keine *Zugangsvorgänge*. In der Tat handelt es sich beim Setzen eines HyperLinks nicht um eine *Nutzung* des Werkes, zumindest nicht in der Form einer Vervielfältigung, da das Setzen eines *Links* ja nur eine Vervielfältigung des Werkes *ermöglicht*, aber nicht vollzieht. Nur das effektive Aktivieren des *Links* kann als eine Vervielfältigung verstanden werden. Manche Stimmen behaupten jedoch, dass auch die Wahrnehmbarmachung des Werkes (*also die ermöglichte Nutzung durch einen erleichterten Zugang zum Werk*) im Auge behalten werden soll, und dass die Verwertungs- und Nutzungsrechte des Urheberrechts sich hierauf entsprechend ausrichten. Daraus folgt, dass jede einfache Wahrnehmbarmachung eines Werkes unter das Exklusivrecht des Urhebers fallen könnte, und also auch das Setzen eines *Links*, auch wenn diese Bewertung das Benutzen von digitalen Technologien stark einschränken würde.

Auch beim *Streaming* stellt sich die Frage, ob es sich aus der Perspektive des Endnutzers um eine urheberrechtlich relevante Handlung handelt²³⁰⁷. Darüberhinaus muss man erwägen, ob durch das *Streaming* das Werk nur konsumiert wird, es also nur darum geht das Werk zu genießen, wogegen es beim *Download* um einen urheberrechtlichen relevanten Vorgang geht. Ist diese empirische Beobachtung nicht vereinfacht? Klar ist, dass beim *Streaming* das Werk nicht dauerhaft auf die Festplatte heruntergeladen wird. Das heißt aber nicht, dass der Vorgang des *Streamings* keineswegs hinsichtlich der Verwertungsrechte qualifiziert werden kann.

Die Schwierigkeit die in dieser Sektion offenbar wird, besteht darin, den Gesetzeswortlaut auf technische Prozesse zu übertragen. Wie können der Beginn und das Ende einer urheberrechtlichen Werknutzung bestimmt werden? Da es einen Zusammenhang zwischen der Reichweite einer Werknutzungshandlung und seiner juristischen Qualifikation gibt, sind technische Kriterien unzureichend. Ein funktioneller Ansatz ist also notwendig.

2. SEKTION- FUNKTIONALE BETRACHTUNG DER VERWERTUNG

²³⁰⁷ *Per* Analogie siehe z.B einen Sachverhalt mit den Bildschirmkopien im Fall *Meltwater*, EuGH v. 5.6.2014, C-360/13–Public Relations Consultants Association Ltd *gegen* Newspaper Licensing Agency Ltd e.a, NJW 2014, 2562.

Hinsichtlich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe muss festgestellt werden, dass die Grenze zwischen privat (Individualkommunikation) und öffentlich (Allgemeinkommunikation), die für eine zutreffende juristische Bewertung im analogen Bereich von erheblicher Bedeutung ist, in der digitalen Welt verschwimmt. Dass eine *online*-Mitteilung an eine Mehrheit von Personen, die nicht — wie es im §15 Abs. 3 des UrhG heißt — mit demjenigen, der das Werk verwertet oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden sind, eine öffentliche Wiedergabe darstellt, ist ebenso eindeutig wie umgekehrt weit überwiegend davon ausgegangen wird, dass eine an nur einen einzigen Empfänger gerichtete E-Mail nicht unter den Begriff der Öffentlichkeit fällt. Wo aber verläuft die Grenze? Wann stellt eine Mehrheit von Empfängern eine Öffentlichkeit dar (vom EuGH z. B. im Fall von Hotelgästen auf Privatzimmern bejaht) und wann nicht (vom BGH bei individuellen Abrufen im Netz)? Der EuGH mit seiner *SCF/Marco Del Corso*-Entscheidung (mehrere gleichzeitig an einem Ort anwesende Patienten einer Zahnarztpraxis sind keine Öffentlichkeit) ist insoweit wenig hilfreich gewesen.

Dieser Bezug zur Öffentlichkeit ist jedoch problematisch. Wie ist dies mit dem Konzept des *droit de représentation* in Frankreich zu vereinbaren, das anders als die Verwertung in unkörperlicher Form in Deutschland nicht bezüglich der Öffentlichkeit definiert wird²³⁰⁸? Wie ist dies in Deutschland und in Frankreich mit der Privatkopie zu vereinbaren?

Auch wenn *de lege ferenda* die Definition der Verwertung an die öffentliche Dimension angeknüpft werden sollte, muss festgestellt werden, dass bei vielen Geschäftsmodellen in der digitalen Welt der Eindruck entsteht, man wolle bewusst die Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsbegriff umgehen, indem die Werke den Einzelnen bereitgestellt werden. Somit bleibt der Erwerb der Rechte und insbesondere die Vergütung an die Urheber und Rechtsinhaber erspart²³⁰⁹. In dieser Sektion werden einige Beispiele analysiert²³¹⁰. So findet z.B. beim *Cloud Computing* kein Austausch von Werkexemplaren statt. Dadurch entfallen sowohl körperliche als auch unkörperliche Verwertungen, da der Werkvorgang individuell stattfindet. Die Beobachtungen von G. Schulze sind richtig, seine Antwort jedoch exzessiv.

²³⁰⁸ Siehe die Schranke für den Familienkreis in Frankreich, art. L.122-5 1° CPI — *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille.*

²³⁰⁹ G. SCHULZE, *Werkgenuss und Werknutzung in Zeiten des Internets*, NJW 2014, 721ff. (721).

²³¹⁰ Siehe u.a. auch BGH *internet-Videorecorder*, Urteil vom 22.04.2009-I ZR 216/06, MMR 2009, 620ff - *internet-Videorecorder*.

Demzufolge sollte die Definition der Verwertung am Kriterium der *Wahrnehmung* anknüpfen. Das führt dazu, dass der Werkgenuss (und zwar selbst der rezeptive private Werkgenuss) zu einer Nutzungshandlung wird, und somit als Verwertung gesehen werden kann. Natürlich kann eine Schranke die Reichweite eines Ausschließlichkeitsrechts beschränken, doch diese Lösung ist nicht besonders endnutzerfreundlich. Sie berücksichtigt vielmehr die Interessen der Rechtsinhaber. Als Fazit kann festgehalten werden, dass die Funktion des Urheberrechts und somit die Definition der Verwertung eine Wertungsfrage ist.

Man muss auch überdenken, ob das Postulat, nach dem das Verwertungsrecht den Interessen des Urhebers dient, wirklich stimmt. Wie im Rahmen einer *ALAI* Tagung festgestellt wurde, ist fest davon auszugehen, dass ein Vergütungsrecht wahrscheinlich eher den Interessen des Urhebers dient als ein schwer anwendbares Verwertungsrechts.

2. ABSCHNITT- NEUE STRUKTUR DER RECHTE UND NEUES VERSTÄNDNIS DER VERWERTUNG

1. KAPITEL- NEUE KRITERIEN UND NEUE STRUKTUR DER RECHTE

1. SEKTION- NEUE KRITERIEN EINER WERKVERWERTUNG

Soll nicht die traditionelle Grenze zwischen *privat* und *öffentlich* eher zwischen *privatem* und *lukrativen Charakter* verlaufen? Das französische Recht kann hier eine Inspiration sein. Die Öffentlichkeit definiert nicht das *droit de représentation*, da dieses durch die Schranke für den Familienkreis (*cercle de famille*, art. L.122-5-1 CPI) beschränkt wird. Die *Öffentlichkeit* ist vielleicht nicht der richtige Maßstab, nach dem entschieden werden kann, ob eine Nutzung urheberrechtlich relevant sein kann oder nicht. Sicherlich gibt es für das Kriterium der *Öffentlichkeit* eine historische Begründung — etwa öffentliche Aufführungen im Theater — es ist aber nicht mehr zeitgemäß. Vielleicht ist in der Tat das Kriterium eines lukrativen Charakters dem digitalen Zeitalter besser angepasst. Im Interesse der immer zahlreicher werdenden Internetnutzer wäre es vielleicht sinnvoll, dass das „*posten*“ einer Musik auf dem eigenen Blog oder auf der eigenen Webseite möglich ist, da hier scheinbar keine Erwerbszwecke in Betracht kommen, sondern es nur darum geht, etwas zu teilen und Freude daran zu haben. Dies würde auf eine größere Nutzerakzeptanz stoßen.

Auf der europäischen Ebene wird die Terminologie der Verwertung besonders im Rahmen des *Dreistufentests* erwähnt. Hier wird die Verwertung in einem wirtschaftlichen Sinne verstanden und entspricht somit dem intuitiven Verständnis der Verwertung. Das traditionelle Urheberrecht jedoch sieht in den *Erwerbszwecken* kein Kriterium dafür, um eine Verwertung und somit ein Ausschließlichkeitsrecht zu

definieren. Dagegen scheint die EuGH-Rechtsprechung im Rahmen der autonomen und einheitlichen Auslegung der Begriffe der Richtlinien dem Erwerbszweck mehr und mehr Raum zu geben, auch wenn zwischen den Verwertungsrechten und den Vergütungsrechten streng unterschieden werden sollte.

2. SEKTION- NEUE STRUKTUR UND NEUE DEFINITION DER RECHTE?

Kritisch zu betrachten ist die Segmentierung der Werkvorgänge. Die Gefahr ist nämlich groß, dass jede Nutzungsform eines Werkes als eine Verwertung angesehen wird. Dabei ist u. a. ein technisches Verständnis des Vervielfältigungsrechts²³¹¹ zum einen *künstlich*, da die körperliche Fixierung eines Werkes nicht als ein „wirtschaftlich selbständiger“ Werkvorgang angesehen werden kann, und zum anderen *unnötig*, da ein Nutzungsvorgang funktionell betrachtet werden kann, und damit oft das Recht der öffentlichen Wiedergabe zur Anwendung kommt. Daraus folgt, dass eine Werknutzung nicht die Anwendung von mehreren Ausschließlichkeitsrechten auslösen sollte, sondern nur die Anwendung eines Ausschließlichkeitsrechts.

Eine zusätzliche pragmatische Lösung besteht darin, nur noch ein einziges Recht für einen gesamten Nutzungsvorgang zu sehen.

Hinsichtlich der Interaktivität, die im *online*-Bereich stattfindet, ist es nicht leicht, das Gleichgewicht zwischen den unterschiedlichen Interessen in Balance zu halten. Wer begeht eine Nutzungshandlung? Der Konsument (Internetnutzer) oder der Produzent von Werken oder, im Zusammenhang mit dem Web 2.0, sogar der *Prosument*? Anders als im traditionellen Urheberrecht kann sich im *online*-Bereich der Interessenausgleich nicht mehr in ein Dreieck einschreiben, in dem die Interessen des Nutzers, des Urhebers, und der Verwerter berücksichtigt werden. Wenn es um Urheberrechtsverletzung und Haftung geht, dann ist der Interessenausgleich komplexer, da andere Akteure ins Spiel kommen wie z.B. „Vermittler“ wie ein *Hostprovider* oder ein *Accessprovider* etc. Da ein Autor seine Werke sogar immer mehr selbst *online* öffentlich zugänglich machen kann, entstehen aber parallel immer mehr *one to one* Beziehungen. Das hat zur Folge, dass ein Perspektivenwechsel stattfindet, und dass wie im „Vorschaubilder I“-Fall (BGH, Urteil vom 29. April 2010, I ZR 69/08) oder selbst im *HyperLink*-Fall (EuGH, Urteil vom 13. Februar 2014, C-466/12, Rn. 31 - Svensson), der Urheber mittels technischer Schutzmaßnahmen agieren muss, damit das Urheberrecht überhaupt eingreift, was mit dem traditionellen

²³¹¹ Siehe das « Wittem Project », *European copyright code*, April 2010, abrufbar unter www.copyrightcode.eu.

Urheberrechtsverständnis nicht zu vereinbaren ist²³¹². Das führt dazu, dass vertragliche Aspekte immer bedeutender werden.

2. KAPITEL- VERBESSERUNG DER GESETZESTEXTE *IN CONCRETO*

1. SEKTION- VERBESSERUNGSVORSCHLÄGE DES *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

Ist das Reduzieren der Reichweite der Verwertungsrechte, wie es im *Witte-Projekt* unter anderem für das Vervielfältigungsrecht vorgesehen ist, nicht wünschenswert? Sollte nicht wie es in Frankreich der Fall ist, die öffentliche Wiedergabe generalklauselartig formuliert werden und eine Begriffsdefinition der Öffentlichkeit wie in Deutschland beinhalten?

Zu überdenken ist auch, ob nicht eine Schranke für die *HyperLinks* formuliert werden sollte. Dies würde heißen, dass die Reichweite der Rechte sehr weit zu formulieren wäre, damit eine Schranke überhaupt möglich ist. Doch ist zu bedenken, ob der Gesetzgeber wirklich eingreifen kann. Globaler gesehen, muss die Verwertung definiert werden: d. h., nach welchen Kriterien ein Werkgebrauch urheberrechtlich relevant ist.

Eine andere ins Auge zu fassende Möglichkeit wäre, vom Ausschließlichkeitsrecht folgende Nutzungen auszuschließen:

- Nutzung im Hinblick auf Privatzwecke
- Nutzung, die keine Erwerbszwecke verfolgt.

Letztendlich müsste die Reichweite der Erschöpfung geklärt werden. Wenn ein Recht erschöpft ist, dann ist auch ein Werkgenuss möglich.

Eines der Probleme besteht darin, dass nur einige Rechte auf der EU-Ebene harmonisiert sind und die Richtlinie aus dem deutschen Blickwinkel eine synthetische Struktur hat.

2. SEKTION- VERBESSERUNGSVORSCHLÄGE AUF NATIONALER EBENE

In Deutschland sollte die große Differenzierung der Rechte, besonders von § 19a und § 20 a UrhG — auch wenn dieser Unterschied begründet ist — verringert werden. Ein neues Abrufübertragungsrecht zöge die Gefahr mit sich, dass jede Nutzungsform als ein Verwertungsrecht angesehen würde.

In Frankreich geht die Reichweite des „droit de destination“ weiter als gedacht, weil die Kontrolle weiter geht als auf eine einfache Verwertung eines Werkes.

²³¹² Siehe z. B. das Schöpferprinzip, §7 UrhG, in dem der tatsächliche Schaffensvorgang das Urheberrecht entstehen lässt.

Für die Frage, ob die *summa divisio* wieder in Frage gestellt werden kann, gibt es natürlich Argumente *pro* und *contra*: Dafür spricht, dass die Verwertung in körperlicher Form sich wegen der Interaktivität etc. nicht von einer Verwertung in unkörperlicher Form unterscheiden lässt. Ein Problem ist aber, ob diese Aufgabe der *summa divisio* nur auf der *online*-Ebene vollzogen werden soll. Falls dies geschieht, bekommt man im Gegenzug ein Problem mit der Technologie-Neutralität des Gesetzes und handelt sich somit wieder die Frage ein, inwiefern die Technologie berücksichtigt werden soll.

Man könnte auch einen Perspektivenwechsel vornehmen und auf die Aktivität des Urhebers zum eigenen Schutz seiner Werke abheben, und damit das Schöpferprinzip durch das Vertragsrecht „entwerten“.

Die Erweiterung des Ausschließlichkeitsrecht sowie Argumente *gegen* oder *für* ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger sind weitere Diskussionspunkte

Ausblick:

Grosso modo lassen sich unterschiedliche Herangehensweisen an ein Problem nicht vermeiden²³¹³, selbst wenn die Verwertungsrechte harmonisiert sind. Letztendlich führen auch andere Umstände dazu, dass es noch viele Unterschiede bezüglich der Reichweite der Verwertungsrechte in den jeweiligen Ländern geben wird. Der Schrankenkatalog der *InfoSoc-Richtlinie* ist fakultativ umsetzbar und geschlossen, sodass er weder die europaweite Harmonisierung, noch die Anpassung des Urheberrechts an die neuen Technologien fördert. Deshalb ist die Initiative der Europäischen Kommission bezüglich einer Veränderung der *InfoSoc-Richtlinie* zu begrüßen, zu der eine öffentliche Konsultation am 5. Dezember 2013 stattgefunden hat.

Fazit als „Pendant“ zu den Forschungsfragen:

- 1- Die Struktur sowie die Definition der Verwertungsrechte in Deutschland und in Frankreich sind wegen der Dematerialisierung und der Interaktivität überholt.

Ein funktionelles Verständnis der Verwertungsrechte wird befürwortet.

Es ist auch in manchen Fällen für den Urheber von Vorteil, das Verwertungsrecht auf einen Vergütungsanspruch zu beschränken.

²³¹³ Wie zum Beispiel im Fall der Vorschaubilder, wo in Deutschland das Problem urheberrechtlich geprüft wurde, in Frankreich aber bezüglich eines gleichen Sachverhalts die E-Commerce Richtlinie angewendet worden ist - siehe *Tribunal de grande Instance Paris*, 20. Mai 2008: SAIF/Google Inc. und CA, Paris, 26. Januar 2011: SAIF/Google.fr-.

- 2- Die EuGH-Rechtsprechung sorgt für Verunsicherung, besonders was die juristische Qualifikation des Setzens eines *Links* angeht, und was die Reichweite der Erschöpfung der Rechte betrifft.

- 3- Das Eingreifen des Gesetzgebers ist *de lege ferenda* notwendig. Die öffentliche Wiedergabe sollte wie in Frankreich generalklauselartig formuliert werden und eine Begriffsdefinition der Öffentlichkeit wie in Deutschland beinhalten. Darüber hinaus sollten, falls eine restriktive Definition der Verwertungsrechte nicht möglich ist, neue Schranken eingeführt werden. Unter anderem ist eine Schranke für die private sowie für die nicht kommerzielle Nutzung einzuführen. Schließlich sollte ein EU-konformes Verbreitungsrecht in Frankreich eingeführt werden.

Titre : L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen.

Mots clés : hyperliens, streaming, communication au public, épuisement des droits.

Résumé : Dans quelle mesure l'utilisation d'une œuvre relève-t-elle du droit d'exploitation au sens du droit d'auteur ? Les actes qui consistent à poser un lien envers une œuvre, à visionner un film par le biais de la technique du streaming, relèvent-ils du champ d'application du droit d'auteur permettant à l'auteur d'exercer un contrôle sur l'utilisation de ces œuvres ?

Alors que dans un monde analogique, les critères constitutifs de l'exploitation d'une œuvre semblent clairs, les contours et les caractéristiques d'une exploitation sont plus complexes à tracer dans un monde numérique en raison notamment de la dématérialisation, de la convergence accrue des techniques et de l'interactivité qui en résulte.

La thèse analyse donc les critères caractérisant les droits d'exploitation, en tenant compte du droit européen, français et allemand avant de proposer de manière prospective une amélioration de *l'acquis communautaire* s'inscrivant ainsi dans le débat très actuel, mené en ce moment même par la Commission européenne.

Title : The exclusive economic rights in the digital World. Author right study taking into account the French, German and European law.

Keywords : hyperlink, streaming, communication to the public, exhaustion of the distribution right

Abstract : Is there an infringement to an exclusive economic author right when a web user creates a link toward a protected work? Which "uses" of a work can be protected by the author and which exclusive economic rights under copyright can he rely upon to exercise control? Contrarily to the analog world, it is more complex to draw the contours and features of an exploitation in a digital world. The thesis tries to clarify the scope of the protection under current European law and National law, with a particular focus on French and German law.

The comparative approach is justified by the different conceptions of the exclusive economic rights in France and Germany, a heritage of two strong legal traditions of the continental European legal system. It is prospectively that the thesis attempts to improve *the acquis communautaire*, following the current debate, led right now by the European Commission.

